جامعة الجزائر (1) بن يوسف بن خدة

كلية الحقوق

قسم القانون العام

الاجتهاد القضائي في المادة الإدارية

بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون العام

إعداد الباحث **إشراف الأستاذ الدكتور**

المهدي خالدي أبو حميدة عطاالله

أعضاء اللجنة المناقشة

الأستاذ الدكتور: .... لعلاوي عيسى .... رئيساً

الأستاذ الدكتور:....... أبو حميدة عطاالله .... مشرفا ومقرراً

الدكتورة: ....عزوز سكينة................ عضواً

الدكتورة: ....سليماني هندون............... عضواً

الدكتور: ....رضوان عايلي............... عضواً

الدكتورة: ....لذرع نبيلة.................. عضواً

السنة الجامعية: 2017-2018

مقدمة

تقول القاعدة العامة أنه إذا عرضت على أي قاض منازعة ما فإنه ملزم بالفصل فيها، ومن أجل الوصول لهذا الهدف فإن القاضي عليه أن يبحث أولا عن نص تشريعي يحكم المنازعة المعروضة عليه، فإن لم يجد نصا تشريعيا ذهب بالبحث صوب المصادر الأخرى للقاعدة القانونية، وحسب الترتيب الذي ارتضاه المشرع لهذه المصادر، فإذا لم يجد في أي مصدر من هذه المصادر قاعدة يطبقها على الدعوى المعروضة عليه، فإنه لا يمكنه أن يمتنع عن إصدار حكم في قضيته بحجة عدم وجود قاعدة قانونية صالحة لتطبيق في الدعوى محل بحثه، وإنما على القاضي أن يصدر حكمه في الدعوى باجتهاده وبقاعدة من إنشائه وابتكاره، وإلا فإنه يكون منكرا للعدالة.

ولما كانت هذه القاعدة عامة فإنها ملزمة للقاضي العادي والقاضي الإداري، فكلاهما يجب عليه الفصل في ما يعرض عليه من نزاع حتى ولو لم تتوفر له القاعدة القانونية الصالحة للتطبيق على الدعوى المعروضة عليه في أي مصدر من مصادر القانون[1]، ولكن هناك فارق واضح وجلي بالنسبة للقاضي في القضاء العادي؛ فإنه يطبق نصوص وقواعد القانون المدني، هذا القانون القديم الممتد بجذوره في أغوار التاريخ حتى العهد الروماني أو قبل ذلك، كما أنه قانون قد جمعت قواعده ونصوصه في منظومة واحدة تبلورت في قانون نابليون، فكان

---

[1]– أنظر: د. محمد الشافعي أبو راس، القانون الإداري، بدون دار نشر، 2004، مصر، ص18.

القدم وعملية تجميع هذه النصوص سبيلا في أن يكون هذا القانون من الاتساع والإحاطة بكل الوقائع وفي كل الظروف، وذلك مع الاقتناع بأن النصوص متناهية والوقائع غير متناهية، ومع ذلك نجد أن ما يستجد من وقائع لا تندرج تحت أي نص من نصوص القانون المدني قليلة جدا، ولا يمكن أن تؤثر في كيان هذا القانون وجوهره[1].

ولكن إذا تعلق الأمر بالقانون الإداري، نجده قانونا غير مقنن وحديث النشأة نسبيا، حيث أنه قانون لم يعرف الوجود إلا في النصف الثاني من القرن التاسع عشر، ولم تتضح مبادئه وأسسه ونظرياته إلا مع بداية القرن العشرين، وانطلاقا من ذلك نجد أن هذا القانون لم تكن له الفرصة بتجميع قواعده في العصر الذهبي – ونقصد به عصر نابليون (أواخر القرن الثامن عشر وبداية القرن التاسع عشر) – حيث لم يكن للقانون الإداري وجود، كما أن قواعده الجديدة بدأت في النمو والتكاثر مما حال بينها وبين التجميع، بالإضافة إلى أن الإدارة سريعة التطور وفي حركية دائمة، وقواعد القانون الإداري ظهرت لتعالج تنظيم الإدارة ونشاطها ومنازعاتها، فمن هنا وجد القاضي الإداري نفسه أمام سيل من المنازعات يجب عليه إيجاد حل لها، ولا وجود لنص تشريعي ولا قاعدة في أي مصدر من المصادر القانونية، فكان عليه لزاما أن يُبدع ويبتكر ويوجد حلا ثم يطبقه، ولذلك كان القضاء الإداري قضاء إنشائيا ابتكاريا أكثر منه تطبيقي بالمقارنة بالقضاء العادي.

---

[1] - V. Michel tabet, les principes généraux du droit en droit administratif français et libanais, Centre d'études des droits du monde arabe, 2002, Liban, p 17.

فالقضاء الإداري ينشئ غالبا الحلول القانونية الملائمة لمختلف الروابط القانونية التي تنشأ بين السلطة الإدارية في تسييرها للمرافق العمومية من جهة، وبينها وبين الأفراد من طرف آخر.

فيذهب المشرع في غالب الأحيان إلى وضع قواعد وأحكام عامة، ويترك للقاضي سلطة تقديرية واسع واسعة من أجل تحديد محتواها، وفي أحيان أخرى ينظم قطاعات محدودة، ويترك كثير من القطاعات خارج مجال تطبيق النصوص التنظيمية أو التشريعية؛ فمثلا في القرن التاسع عشر نظم المشرع بعض حالات مسؤولية الدولة كالضرر الذي يلحق بالغير نتيجة الأعمال العسكرية، ولكنه لم ينظم النظام العام لمسؤولية الأشخاص العموميون [1].

وانطلاقا مما سبق نجد أن معظم قواعد ومبادئ القانون الإداري قضائية المنشأ، سواء ما كان منها قد رُبط بنصوص قانونية أو أكّدها من تلقاء نفسه، مما يجرنا إلى التساؤل حول أهمية الاجتهاد القضائي الإداري، وإلى أي مدى يصل في تعامله مع القواعد القانونية.

كما نجد أن هذه الأهمية قد تمثلت عبر التطور التاريخي للقواعد القانون الإداري وقضائه، في ابتداع وإنشاء نظريات ومبادئ ضمنت الموازنة بين اعتبار أن الدولة تتمتع بامتيازات السلطة العامة ورعاية الصالح العام والساهرة على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد من جهة، وبين حماية حقوق الأفراد وحرياتهم العامة.

1- C.E, 21 juin 1895, Cames, Rec.509, concl. Romieu,، Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative, 19 éditions, Dalloz, p 39.

فالمشرع لم يستطع أن ينظم كل ما يتعلق بهذه الموازنة من روابط قانونية، فكان نصيبه في هذه المسألة متواضع بالمقارنة مع المجهود الكبير للقضاء الإداري، فالقاضي هو الذي يفسر النص الغامض والمبهم ويطبقه على الوقائع الجديدة التي لم ينظمها المشرع، كما يتمم الثغرات التي يعاني منها القانون وغفل عنها المشرع [1].

كما أن هذه الأهمية الإنشائية للقضاء الإداري لم تأتي بمحض الصدفة، وإنما جاءت بعد جهد كبير استطاع بفضله القاضي الإداري أن يعمم مراقبته لتشمل جميع أوجه عدم الشرعية، فالدولة في الأصل كانت ترفض المسؤولية عن الأضرار التي تحدثها للغير، ولكن بالتدرج استطاع القاضي الإداري بحكمته أن يجعلها مسؤولة عن الأعمال والتصرفات التي تقوم بها بحكم سلطاته الرقابية التي انصبت أولا على جميع أوجه عدم الشرعية الخارجية؛ أي عيب الاختصاص وعيب الشكل والإجراءات ثم انتقل القضاء ليفرض رقابته على أوجه الشرعية الداخلية؛ أي عيب السبب وعيب المحل والغاية.

ولقد لعب الاجتهاد القضائي دورا مهما عبر العصور، ذلك أنه في العصر الروماني لعب دورا لا يقل أهمية عن القانون والعرف منذ أن تولى البريتور شؤون القضاء، فدور البريتور لم يكن يقتصر على تطبيق القانون بل كان ينشئه ويعدله بما يتفق ومقتضيات العدالة، وغالبا ما كانت هذه القواعد قواعد جديدة لم

---

[1] – الحلابي الكتاني إدريس، مساهمة السلطة القضائية في خلق القاعدة القانونية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة محمد الخامس، 1985، المغرب، ص 05.

يكن قد تناولها قانون أو عرف سابق، كانت تجمع في منشورات قضائية أطلق عليها فيما بعد اسم "المنشور الدائم" [1].

وفي الشريعة الإسلامية؛ مرّ القضاء فيها بمراحل ثلاث تمثلت في:

- المرحلة الأولى كانت في عهد النبوة، حيث كان النبي صلى الله عليه وسلم أول قاض في الإسلام، ومسألة أن مصادر التشريع في عهد النبوة كانت الكتاب والسنة فقط مسألة تحتاج إلى تمعن وتدقيق، بدليل أن النبي صلى الله عليه وسلم عندما عيَّن معاذ ابن جبل قاضيا على اليمن فقال له: كيف تقضي إذا عرض لك قضاء، فقال: أقضي بكتاب الله، فإن لم أجد فبسنة رسول الله، فإن لم أجد أجتهد رأيي ولا آلو [2]، وسمّي هذا الاجتهاد بالاجتهاد الفردي، حيث يُعمل القاضي الأدلة الظنية عند فقدان النص الشرعي؛ كالقياس والاستحسان والمصالح المرسلة وسد الذرائع....إلخ.

- والمرحلة الثانية أصبح فيها للقضاء أهمية كبرى في تكوين أحكام ومبادئ وقواعد الشريعة الإسلامية، فامتزج الفقه والقضاء معا ليكون الفقيه قاضيا والقاضي فقيها، واتبع في هذا العهد؛ أي عهد الخلفاء الراشدين الاجتهاد الجماعي، وتمثل في اجتماع أهل الرأي من الأمة للتشاور في حكم

1– الحلابي الكتاني إدريس، مدى مساهمة السلطة القضائية في خلق القاعدة القانونية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة محمد الخامس، 1985، المغرب، ص 25.

2– سنن أبي داوود، حديث رقم 3592، كتاب الاقضية، باب اجتهاد الرأي في القضاء، مكتبة ابن القيم، الطبعة الأولى، 2004، سوريا، ص 725.

مسألة لم ينص على حكمها، ودليله ما روي عن سيدنا سعيد ابن المسيب رضي الله عنه أنه قال : " قلت يا رسول الله الأمر ينزل بنا بعدك لم ينزل به القرآن ولم نسمع منك فيه شيء، قال: اجمعوا له العابدين من المؤمنين واجعلوه شورى بينكم ولا تقضوا فيه برأي واحد" (1).

- ثم كانت المرحلة الثالثة ببداية تدوين الفقه، حيث قلّ شأن القضاء في هذا العهد وارتفع شأن الفقه، إلا أن مكانة القضاء وأهميته كانت حاضرة بصفته رقيبا وحارسا على تطبيق الأحكام وحفظ الحقوق وردّها لأصحابها عند المساس بها (2).

فلقد كان الاجتهاد القضائي في الإسلام السند الذي جعل منه الأصوليون مصدرا للقاعدة القانونية عن طريق البحث في الأدلة الشرعية على الأحكام العملية في الفقه الإسلامي، وضرورة من ضرورات التشريع الإسلامي، إذ لولا تدخل القضاء لتعطلت كثير من الأحكام على ما يستجد من أحداث ينعدم فيها النص، فكان القضاء مجسدا لمزية صلاحية الإسلام لكل زمان ومكان (3)، بمواكبته للأحداث وإيجاد حلول للنوازل.

---

1 – كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، علاء الدين المتقي الهندي، الحديث رقم 4188، الجزء الثاني، مؤسسة الرسالة، الطبعة الخامسة، 1981، ص 339.

2 – أنظر: د. يوسف الكتاني، الحاجة للاجتهاد اليوم ومجالاته، مجلة كلية الشريعة، العدد الثالث عشر، جامعة القرويين، 1984، المغرب، ص 30.

3 – د. إبراهيم شحاته، اجتهاد القاضي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، 1962، مصر، ص415.

أما في القانون الإنجليزي، فنجد أن الأهمية التي اكتسبها الاجتهاد القضائي تفوق أهميته في غالب القوانين إن لم نقل كلها، فبفضله تمّ جمع الأعراف القديمة وإعطائها صياغة جديدة جعلتها قابلة للتطبيق، وأصبح كل حكم يشكل سابقة قضائية يتقيد بها القاضي ويعتمدها في القضايا المماثلة، وانطلاقا من هذا اعتبر القانون الإنجليزي من صنع القضاء.

وبالرغم مما قيل عن دور القضاء وأهميته إلا أن معظم القوانين الحديثة جعلته مصدرا تفسيريا لا غير، بل حتى في فرنسا اعتبر كذلك نتيجة للتفسير الخاطئ الذي تبناه رجال الثورة الفرنسية لمبدأ " فصل السلطات" والذي بموجبه لا يجوز للسلطة القضائية أن تتدخل في شؤون السلطة التشريعية ولا التنفيذية أو أن تعمل على عرقلة نشاط إحداهما، إلا أن الواقع العملي وحكمة مجلس الدولة الفرنسي وسعيه للموازنة بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، أظهر قصور هذا الموقف بسبب أن القاضي كثيرا ما يضطر للاجتهاد للوصول إلى حل يطبق على النزاع المعروض عليه، ثم تتواتر هذه الأحكام وتستقر لتنشئ بعد ذلك القاعدة القانونية.

ولقد ساعد على ذلك وجود هيئة قضائية عليا كمجلس الدولة الفرنسي في فرنسا ومجلس الدولة الجزائري في الجزائر، تمارس رقابة على أحكام المحاكم وتلعب دورا هاما من حيث أنها قاضي ينظر في إساءة استعمال السلطة من

جهة، وقاضي نقض للأحكام التي تصدر عن المحاكم الإدارية، وكجهة قضائية عليا موحدة للاجتهاد القضائي الإداري [1].

أولا: أهمية الموضوع.

تكمن أهمية هذه الدراسة في أنها تتناول بالدراسة والتحليل أحد المواضيع الهامة والحديثة المطروحة خصوصا في مجال القانون الإداري منذ تبني الجزائر نظام ازدواجية القانون والقضاء؛ فللاجتهاد القضائي في نطاق القانون دور بالغ الأهمية والأثر، الأمر الذي لا يجعله يقل أهمية عن دور التشريع نفسه، فالاجتهاد القضائي هو الذي يضع القانون موضع التطبيق العملي الحي، وهو الذي يحدد مداه وأبعاده، فالقضاء الإداري ليس مجرد قضاء تطبيقي كالقضاء المدني، بل هو في الغالب قضاء إنشائي، يبتدع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ بين الإدارة وبين الإفراد، وهي روابط تختلف في طبيعتها عن روابط القانون الخاص، الأمر الذي يقتضي من القائمين بأمر القضاء الإداري مجهودا ليس باليسير للبحث والتمحيص والتأصيل لاحتياجات المرافق العامة، وذلك لإحداث نوع من الملائمة بين المصالح العامة والمصالح الفردية الخاصة.

فحل النزاع من طرف القاضي الإداري يتم من خلال تطبيقه للقاعدة القانونية الملائمة للنزاع المعروض عليه، وفي هذا الإطار نجد أن سلطته تتدرج حسب طبيعة القاعدة القانونية الواجبة التطبيق، إذ تأخذ هذه السلطة ثلاث أشكال

---

[1]– نص المادة 171 من القانون 16–01، المؤرخ في 26 جمادى الأولى 1437 الموافق 06 مارس 2016، والمتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية العدد رقم 14، لعام 2016.

مراحل، فمرحلة تكون فيه هذه السلطة مقيدة، وهي في الحالات المتعلقة بتطبيق قاعدة قانونية واضحة لا لبس فيها، وفي مرحلة ثانية يخفف المشرع من شدة التقييد على سلطة القاضي الناظر في موضوع النزاع، ويكون ذلك في الحالة التي تكون فيها القاعدة القانونية الواجبة التطبيق غير واضحة ومبهمة، مما يتعين على القاضي العمل على تفسيرها قبل تطبيقها، ثم مرحلة أخيرة تصبح فيها سلطة القاضي الإداري واسعة وغير مقيدة، فيترك فيها المشرع للقاضي حرية اختيار القاعدة القانونية الواجبة التطبيق من مجموعة من المصادر المكتوبة وغير المكتوبة، بل قد يجتهد ويبتكر قاعدة ومبدأ يطبقه على النزاع المعروض عليه، ليكون بعد ذلك نظرية لها أصولها وقواعدها ويتبناها المشرع غالبا في كثير من قواعده التشريعية.

وبناء على ما سبق نجد أن للاجتهاد القضائي دور مهم وبارز في المادة الإدارية، خصوصا في الدول التي تتبنى نظام ازدواجية في القانون والقضاء وعلى رأسهم فرنسا مهد القانون الإداري بقواعده الاستثنائية، حيث كان للقاضي الإداري دور كبير في إيجاد هذه القواعد أحيانا والكشف عنها أحيانا أخرى، حتى وصل إلى وضع نظرية شاملة وقواعد لها قوة القانون وإلزاميته.

ثانيا: إشكالية البحث

طرح الباحث مشكلة البحث كالتالي:

إن القضاء الإداري وهو يراقب الشرعية يحرص على مراعاتها بمختلف أوجهها من قبل السلطات العمومية وذلك بإلغاء القرارات والأنشطة الإدارية

المخالفة لهذا المبدأ، وذلك لكيلا تمس هذه القرارات والأعمال المخالفة بحقوق الأفراد وحرياتهم أو تخالف المصلحة العامة، فتكون هذه الرقابة ملزمة للإدارة العمومية بأن تراعي الضمانات والحقوق المنصوص عليها للمواطنين، والتي هي من ابتكار القضاء؛ كمبدأ احترام حقوق الدفاع واحترام الحقوق المكتسبة ومبدأ عدم رجعية القوانين... إلخ

والقواعد التي تتبناها السلطة القضائية تكتسب حجية الشيء المقضي به تجاه جميع المتقاضين سواء كانوا أفرادا أو سلطة عمومية، والإخلال بهذه الحجية إخلال بالنظام العام، وهذه الحجية زيادة على إلزاميتها فإنها تعطي القاعدة القضائية صفة العمومية كونها تهم جميع الأطراف التي لها علاقة بالقضية، فهاتان الصفتان الإلزامية والعمومية هما اللتان فتحا الطريق أمام القضاء الإداري لاختيار الحلول المناسبة وتطبيقها على المستجدات من الوقائع الأمر الذي جعل السلطة القضائية مساهم مباشر في وضع قواعد قانونية مع المشرع أي مصدرا من مصادر الشرعية الإدارية. فنظرية المسؤولية الإدارية، ونظرية العقود الإدارية، ونظرية الطعن بتجاوز السلطة، كلها من الابتكار الخالص للقضاء الإداري.

وعليه فالقاضي الإداري يعتمد على الواقع غالب الأحيان، فيستنبط منه أحكامه ومن الظروف المحيطة بالنازلة المعروضة أمامه، ويدعم ذلك حداثة القانون الإداري نسبيا، ومرونته وتجدد الظروف والمعطيات، مما جعل عملية تقنينه ليس بالأمر السهل، وتصبح مسألة تعددية المصادر بدل وحدتها تفرض نفسها كحل منطقي وقانوني، يساير فيه القاضي الإداري التطور الحاصل فيكون

مواكبا للتطور الحضاري، ويجد المشرع فسحة في هذه القواعد التي لن يستطيع مواكبتها، والنص عليها وإدراجها في القانون العام الوضعي.

وانطلاقا مما سبق؛ ومن فرضية أن القاضي الإداري قاضي منشئ والقاضي المدني قاضي مطبق، يمكن طرح الإشكالية الأتية:

إلى أي مدى يمكن أن يصل اجتهاد القاضي الإداري في تعامله مع النصوص القانونية الغامضة والناقصة والغير موجودة، لإيجاد حل للنزاع المعروض عليه؟، بمعنى هل يمكن لاجتهاده أن ينشئ قاعدة قانونية جديدة؟

وينتج عن طرح هذه الإشكالية مجموعة من الأسئلة الفرعية المتعلقة بها وهي:

- حقيقة الاجتهاد القضائي؛ هل هو منشئ للقواعد القانونية أم كاشف لها؟

- هل وسيلة التفسير والتأويل للقانون الممنوحة للسلطة القضائية تخولها سلطة تقديرية تجعلها قادرة على النطق بالقانون لا تطبيقه فقط؟

- هل تمثل السلطة التقديرية للإدارة عائقا أمام الاجتهاد القضائي في المادة الإدارية؟

- هل استطاع القاضي الإداري الجزائري على غرار الاجتهاد القضائي المقارن في وضع قواعد قانونية، وتنبيه المشرع للقصور الذي يعانيه القانون، أم مازال موقفه مترددا وخجولا في إبراز المبادئ القانونية، ويقتصر دوره على اتباع خطى المشرع؟

ففي هذه الأطروحة أحاول الإجابة على الفرضيات أو الأسئلة المطروحة، وبالإجابة عليها نكون قد توصلنا إلى حل المشكلة التي يقوم عليها البحث.

وفي هذا السياق يجب أن أشير إلى أن معالجتي لهذه الإشكالية، لا يعني ذلك التقليل من دور المساهمة الغنية للتشريع والفقه، فهدفي هو إبراز الدور الحقيقي للاجتهاد القضائي في مجال المادة الإدارية، وكيفية تعامل القاضي الإداري مع المادة الإدارية عند وجودها من جهة، وعند عدم وجوده من جهة ثانية.

ثالثا: أسباب اختيار الموضوع

في الحقيقة اختياري لهذا الموضوع يعود لأسباب ذاتية وأخرى موضوعية، أُبيّنها في التالي:

- من الناحية الشخصية؛ سبب اختياري لهذا الموضوع هو اهتمامي وميولي للقانون والقضاء الإداري، لما فيهما من ديناميكية وتطور سريع، ثم قدرة القاضي الإداري على الإبداع والتألق في هذا المجال القانوني، مع أنني في الحقيقة كنت أود أن تكون دراسة مقارنة بقضاء المظالم في الشريعة الإسلامية، إلا أن المجلس العلمي الموقر في وقتها لم يكن في برنامج أولوياته الدراسات المقارنة، وتم اعتماد الدراسة القانونية الصرفة بعمومية العنوان.

- من الناحية الموضوعية؛ سبب اختياري لهذا الموضوع تتجلى في القيمة العلمية للموضوع محل البحث، إذ يعتبر من الموضوعات الحيوية الهامة سواء من الناحية العلمية أو العملية، وذلك لارتباطه باجتهاد القاضي في وضع القاعدة

القانونية موضع التطبيق، أي إعطاء روح لهذه القواعد من جهة، ثم الابتكار والاختراع لحلول عند غياب النص، بمحاولة كشف الغمام عن المقولة السائدة؛ بأن القاضي الإداري قاضي منشئ والقاضي العادي قاض مطبق.

رابعا: أهداف الدراسة

الأهداف التي أرجو تحقيقها في هذه الدراسة تمثلت في:

- محاولة وضع تعريف للاجتهاد القضائي في المادة الإدارية عموما، وفي المادة الإدارية بمعناها الضيق خصوصا، مع توضيح الدور الحقيقي الذي يلعبه هذا الاجتهاد، من حيث أنه يضع حلولا تضفي إلى وجود قواعد قانونية جديدة، أم أن دوره يكون كاشفا فقط لحلول قانونية.

- محاولة دراسة الجهاز القضائي الإداري في الجزائر، دراسة وصفية تحليلية أحيانا، ونقدية في أحيان أخرى.

- محاولة المقارنة بين القاضي العادي والقاضي الإداري في ممارستهما للاجتهاد القضائي.

- محاولة إبراز دور اجتهاد القاضي الإداري الجزائري في المادة الإدارية، من خلال قرارات قضائية صادرة عن القضاء الإداري الجزائري.

خامسا: منهج الدراسة

للوصول لهذه الأهداف والإجابة على الإشكالية الأساسية المطروحة، بدراسة قانونية علمية

سليمة، استدعت طبيعة هذه الدراسة استخدام عدة مناهج ؛ تمثلت في استخدام المنهج الوصفي والتحليلي أساسا؛ المنهج الوصفي في دراسة المفاهيم النظرية للاجتهاد القضائي عموما، وفي المادة الإدارية خصوصا في الفقه المقارن الأجنبي والعربي والجزائري، ثم المنهج الاستقرائي التحليلي في التعامل مع المفردات العلمية الاصطلاحية التي تستلزم تبيين معناها في اللغة والاصطلاح، ثم استقراء كثير من النصوص القانونية، وما توفر لي من القرارات القضائية المتعلقة بموضوع الدراسة، والعمل على تحليلها اعتمادا على ما لدي من مادة علمية في هذا الموضوع، مقارنة بما وصل إليه القانون والقضاء في كل من فرنسا ومصر في هذا المجال.

كما استخدمت المنهج التاريخي؛ وذلك بصدد تتبع المراحل التي مرّ بها القضاء الإداري في كل من فرنسا والجزائر، والأجهزة المختصة بذلك.

أضف إلى ذلك المنهج المقارن كأساس للدراسات القانونية الأكاديمية، للمقارنة بين الاجتهاد القضائي في القضاء المقارن بين كل من فرنسا والجزائر ومصر.

سادسا: الصعوبات

لعلّ من أهم الصعوباتت التي كانت بمثابة معوقات من جهة، وحافز من جهة ثانية للعمل على هذه الأطروحة يمكن حصرها في:

1- قلّة الدراسات الشمولية، إن لم أقل عدم وجودها فيما اطلعت عليه من دراسات، لمسألة الاجتهاد القضائي ودوره مع المادة الإدارية وجودا وعدما

في الجزائر خصوصا والوطن العربي عموما، إلا ما كان من أبحاث ومقالات متفرقة لجزئيات من هذا الموضوع، فلم أحصل من خلال عملية التوثيق على كتاب جامع ومرجع كامل في هذا الباب.

2- وتزداد هذه المسألة صعوبة في الجزائر، ذلك أن أي باحث يلاحظ أن هناك ضعف كمي وكيفي للمادة الإدارية، سواء من حيث المراجع، أو من حيث الاجتهادات القضائية، والتي إن وجدت لا يتم نشرها وتوفرها بين يدي كل باحث، ومشكورة دار كليك بأن جمعت مجموعة كبيرة من القرارات القضائية الإدارية في مجموعة واحدة، مع تحفظي على كيفية الجمع والنشر، والتي لم ترتقي لتطلع الباحث وتسهيل عمله، ولهذا فالجميع سواء كانوا كليات للحقوق عن طريق المخابر أو الدراسات والأبحاث، وهيئات المحامين، والدولة ممثلة في وزارة العدل، والهيئات القضائية، والمهتمين بالقانون، مدعوون من أجل سد هذا الفراغ، وإيجاد حل لهذا الوضعية في الجزائر بالمقارنة مع دول عربية أخرى.

فكانت هذه الصعوبات كحافز لتناول هذا الموضوع في بابين؛ حيث خصصت الباب الأول للجانب النظري والفقهي، والباب الثاني للجانب العملي، فكان تقسيمي للموضوع كالتالي:

❖ **الباب الأول:** مفهوم الاجتهاد القضائي والهيئات القضائية المختصة به.

• **الفصل الأول:** مفهوم الاجتهاد القضائي.

- **المبحث الأول:** تعريف الاجتهاد القضائي.

- **المبحث الثاني:** حقيقة الاجتهاد القضائي وموقعه بين مصادر المادة الإدارية.

- **الفصل الثاني:** نشأة القضاء الإداري وتطوره.

- **المبحث الأول:** نشأة وتطور القضاء الإداري في كل من فرنسا والجزائر.

- **المبحث الثاني:** الجهات المخولة بالاجتهاد القضائي.

❖ **الباب الثاني:** القاضي الإداري وتعامله مع المادة الإدارية وتطبيقاته في ذلك.

- **الفصل الأول:** القاضي الإداري بين النص القانوني والسلطة التقديرية للإدارة.

- **المبحث الأول:** دور القاضي وتعامله مع النص لخلق المادة الموضوعية.

- **المبحث الثاني:** القضاء الإداري والرقابة على السلطة التقديرية للإدارة.

- **الفصل الثاني:** تطبيقات قضائية للقاضي الإداري الجزائري في المادة الإدارية.

- **المبحث الأول:** دعوى الإلغاء.

- **المبحث الثاني:** دعوى التعويض.

الباب الأول
مفهوم الاجتهاد القضائي
والهيئات القضائية المختصة به.

الفصل الأول
مفهوم الاجتهاد القضائي
وموقعه بين مصادر القانون

إن الاجتهاد القضائي ضرورة علمية وعملية تقتضيها طبيعة النصوص القانونية والعملية القضائية، حيث نجد النصوص القانونية تتصف بالعمومية والتجريد والمحدودية؛ فهي محدودة من جهة، ولكن وقائع الحياة متجددة ومتطورة باستمرار، لذا كان لابد من بذل الجهد والوسع في سبيل استخلاص أحكام قضائية من تلك النصوص القانونية المحدودة.

وبالنظر لهذه الضرورة نجد أن مصطلح الاجتهاد القضائي في المادة الإدارية مصطلح مركب من ثلاث موضوعات، وليتجلى معناه لابد من تفكيك موضوعاته، ثم محاولة الربط بين المنسجم منها لنصل لتعريف واضح لهذا المصطلح المركب.

وإذا ذكرنا القانون الإداري وجدناه قانونا حديث النشأة، لم يولد إلا في أواخر القرن التاسع عشر، ولم تتبلور وتتضح أسسه ونظرياته إلا في بدايات القرن العشرين، الأمر الذي جعل هذا القانون لم يجد الفرصة للتجميع في منظومة واحدة، هذا الأمر فرض على القاضي الإداري إيجاد حل للمنازعات المعروضة عليه بالاجتهاد، وهنا يتمثل الفارق بين القاضي العادي والقاضي

الإداري، في حين أنه لا يضطر الأول إلى ابتكار قاعدة قانونية إلا نادرا، نجد الثاني يقوم باستمرار بخلق القواعد القانونية وابتكارها [1].

فهل يمكن أن يكون هذا الابتكار الحاصل من القاضي الإداري عبر الاجتهاد تشريعا، أم هو مجرد كشف لقاعدة قانونية، كان دور القاضي الإداري فيها كشفها وإخراجها من النظام القانوني في الدولة.

كما أنه لا ينكر أحد دور القضاء الإداري على القانون الإداري، فهل أن هذا الدور جعله مصدراً رئيسيا رسميا أم هو مجرد مصدر احتياطي مساند.

إذن هي أسئلة سأحاول الإجابة عنها في مبحث أول متضمن ماهية الاجتهاد القضائي، ثم مبحث ثان متعلق بحقيقة الاجتهاد وموقعه بين مصادر القانون.

---

1 - Gilles j. Guglielmo : le droit administratif et l'invention du juge, cours de droit administratif, 2004, n19.

المبحث الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي

إذا كانت المعضلة الأولى التي تواجه المواطن المعني بتطبيق القانون أو المبتدئ في دراسته تتمثل في إيجاد النص القانوني الذي يطبق على نزاع معين، وهي المشكلة التي تتعقد في حالة تنظيم محل النزاع بموجب نصوص قانونية متنوعة، سواء كانت من نفس الدرجة أو من درجات مختلفة، مثل الدستور والقانون والأوامر والقرارات، فإن المشكلة التي تواجه المتخصصين في مجال القانون، ولاسيما القضاة والمحامين، تتمثل أساسا في تفسير القانون الساري المفعول وتحديد الحل المناسب لقضية معينة.

وللاجتهاد القضائي في مجال القانون دور بالغ الأهمية والأثر، لا يكاد يقل في أهميته عن دور التشريع نفسه، فالاجتهاد القضائي هو الذي يضفي على القانون طابعه العملي الحي، وهو الذي يحدد مداه وأبعاده.

وقد نادى بعض رجال الثورة الفرنسية بإلغاء كل دور للاجتهاد القضائي وبضرورة قصر عمل القاضي في جميع الأحوال على تطبيق أحكام التشريع تطبيقاً آلياً، وكل ذلك كان ردَّ فعل على تدخل القضاء الفرنسي قبل الثورة في أمور التشريع، ولكن هذا التوجه لم يكتب له النجاح، لأنه لا يمكن بحال من الأحوال تجريد القاضي من سلطة الاجتهاد وإلا تعطل عمله وتعذّر عليه الفصل في الخصومات في بعض الأحيان.

وانطلاقا مما سبق سيتناول المطلب الأول مفهوم الاجتهاد القضائي، وسيتابع بمطلب ثاني لأهمية الاجتهاد القضائي في المادة الإدارية.

المطلب الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي وعلاقته ببعض المصطلحات الأخرى

سأتناول في هذا المطلب مصطلح الاجتهاد القضائي، هذا المصطلح المركب من كلمتين؛ الاجتهاد والقضاء ومعناهما لغة واصطلاحا للوصول لتعريف لهذا المصطلح وإسقاطه على المادة الإدارية في فرع أول، ثم علاقة هذا المصطلح ببعض المصطلحات التي لها علاقة به؛ كالحكم القضائي والسابقة القضائية، مبينا التداخل الحاصل بينها أحيانا، ومميزا بينه وبينها في أحيانا أخرى في فرع ثان.

الفرع الأول: تعريف الاجتهاد القضائي

الاجتهاد القضائي مصطلح مكون من كلمتين هما؛ موصوف وهو: الاجتهاد، وصفة وهي: القضائي، ولكي يكون تعريف المصطلح تعريفا جامعا مانعا، جامعا لكل مفرداته ومانعا لدخول غيره فيه، سأتناول في هذا الفرع تعريف الاجتهاد (أولا) ويتبع بتعريف القضاء (ثانيا) كالآتي:

- **أولاً: تعريف الاجتهاد:**

- **الاجتهاد لغة:** مصدر اجتهد، وأصله جَهَدَ، والجهد بفتح الجيم وضمها: الطاقة، والجهد بالفتح تعني: المشقة، والاجتهاد والتجاهد: بذل الوسع والمجهود[1].

---

[1] – ابن منظور، أبو الفضل المصري، لسان العرب، مادة: جهد، المجلد 15، دار صادر، بيروت، ط 1968. والجوهري، أبو النصر، الصحاح، تاج اللغة وصحاح العربية، ج2، ص36، 37، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1999.

ولما كان الاجتهاد في اللغة بمعنى الجهد وهو: المشقة والطاقة، فإنه يلزم ما فيه كلفة ومشقة، ويخرج عنه ما لا مشقة فيه ولا نصب، قال الرازي: "وهو في اللغة عبارة عن استفراغ الوسع في أي فعل كان، يقال: استفرغ وسعه في حمل الثقيل، ولا يقال: استفرغ وسعه في حمل

الاجتهاد اصطلاحا: تعددت تعريفات الاجتهاد اصطلاحا، كل يعرفه من الزاوية أو التخصص الذي يضاف إليه الاجتهاد، فقد عرفه الرازي في المحصول بأنه: "استفراغ الوسع في النظر فيما لا يلحقه لوم، مع استفراغ الوسع فيه"[1].

لقد بين هذا التعريف أن حقيقة الاجتهاد والمتمثلة في استفراغ الوسع، انطلاقا من التعريف اللغوي، فمن لم يستفرغ ويبذل وسعه في الموضوع الذي بين يديه يكون مقصرا، ولا يعد قد حقق معنى الاجتهاد، وهذا ما يؤكده أيضا الآمدي في تعريفه بقوله: "بذل الوسع إلى أن يحس من نفسه العجز عن المزيد فيه"[2].

وعرفه الغزالي أيضا: "أن يبذل الوسع في الطلب بحيث يحس من نفسه العجز عن مزيد الطلب"[3].

1 – الإمام فخر الدين الرازي، المحصول في علم أصول الفقه، الجزء الرابع، مؤسسة الرسالة، 1997، لبنان، ص 1364.

2 –الإمام علي بن محمد الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، الجزء الرابع، دار الصميعي، الطبعة الأولى، 2003، الرياض، ص 162.

3 – الغزالي، المستصفى من علم الأصول، تحقيق: أحمد زكي حماد، الجزء الثاني، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، 1997، بيروت، ص 350.

وإذا أردنا أن نحاول إسقاط هذا التعريف الاصطلاحي على مجال العلوم القانونية فيمكننا القول بأن الاجتهاد فيها هو: "استفراغ الوسع وبذل الجهد المطلوب في النظر والتأمل في المسائل والأدلة والتفكر في الوقائع القانونية فيما لا يلحقه فيه لوم، مع استفراغ الوسع فيه".

فأكون قد استدعيت المعنى اللغوي بقولي : استفراغ الوسع وبذل الجهد المطلوب، ثم الانتقال من التعميم اللغوي إلى التخصيص في المجال القانوني بقولي : في النظر والتأمل في المسائل والأدلة والوقائع القانونية لاستخلاص واستنباط الحلول والأحكام بصفة عامة سواء من المشرع أو القاضي أو الفقيه أو الباحث[1]، والقول : فيما لا يلحقه فيه لوم، بأن يكون في المجال المسموح به قانونا للاجتهاد والبحث والاستنباط وإلا كان ملاما ومسؤولا قانونيا عند المخالفة لما يسمح به القانون كالقاضي الذي يجتهد في وجود نص واضح وصريح ولا يحتمل لا التفسير ولا التأويل فيكون مخالفا لقاعدة: "لا اجتهاد في مورد النص"[2].

- **ثانيا:** تعريف القضاء

---

1 – إلا أن الاجتهاد القانوني يختلف عن الاجتهاد القضائي، فالأول يتعلق بنشأة القاعدة القانونية وتفسيرها نظريا، أما الاجتهاد القضائي فيتعلق بتفسير القاعدة القانونية وتطبيقها بشكل عملي وبمناسبة القضية المطروحة، فالاجتهاد القانوني له طبيعة نظرية ساكنة، والاجتهاد القضائي له طابع عملي ويتأثر بالنظام الإجرائي القائم.

2 – حيث أنه لا يجوز قطعا أن يلجأ القاضي إلى الاجتهاد حين وجود نص واضح، جيلالي بغدادي، الاجتهاد القضائي، الندوة الوطنية الثانية للقضاء، وزارة العدل، نادي الصنوبر، 1991.

- **القضاء لغة:** أصله قضاي، لأنه من قضيت، إلا أن الياء لما جاءت بعد الألف همزت

وأصل معناه القطع والفصل، والجمع: أقضية [1].

ومادة قضى، أصل صحيح يدل على إحكام أمر وإتقانه وإنفاذه لجهته ولذلك سُمّيا القاضي قاضيا لأنه القاطع للأمور المحكم لها [2]، كما تأتي على وجوه عدة مرجعها إلى انقطاع الشيء وتمامه، وكل ما أحكم عمله أو أتّم، أو أوجب أو علم، أو أنفذ، أو أمضى، فقد قضى[3].

ولقد تكلم أهل اللغة وتوسعوا في معنى القضاء، وملخص كلامهم أنه إتمام الشيء قولا وفعلا، وبعبارة موجزة القضاء لغة هو: الحُكم.

– **القضاء اصطلاحا:** إن القضاء يعد الحارس الأمين لحقوق الأفراد وحرياتهم، وذلك نابع من نزاهته وحيادته وعمق معرفته القانونية.

وقد اعتمدت بعض الدول نظاما قضائيا موحدا، له حق النظر في كل المنازعات مهما كان فرعها، إداريا أو مدنيا أو تجاريا، وعرف هذا النظام بنظام " وحدة القضاء أو القضاء الموحد " حيث لا يميز بين سلطة عامة وأفراد، وذلك تفسيرا لمبدأ سيادة القانون ومساواة الجميع أمامه.

---

1 – ابن منظور، لسان العرب، مادة قضى، الجزء 15، دار الفكر، بيروت، لبنان، ص 186.

2 – أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، الجزء الخامس، دار الفكر، 1999، بيروت، ص99.

3 – ابن منصور الأزهري، تهذيب اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، الدار المصرية للتأليف والترجمة، 2001، ص 82.

وسلكت دول أخرى نظاما آخر عرف بنظام " ازدواجية القضاء أو القضاء المزدوج " قضاء عادي يقابله قضاء إداري، عادي ينظر في المنازعات التي تحصل بين الأفراد فيما بينهم وبين الأفراد والإدارة عندما تنزل عن امتيازات السلطة العامة وتتعامل كفرد عادي، فيطبق على الإدارة العامة ما يطبق على الأفراد أي قواعد القانون الخاص.

وقضاء إداري ينظر في المنازعات الإدارية وفق قواعد قانونية استثنائية ومتميزة ومختلفة عن قواعد القانون الخاص، لكونه يأخذ في الحسبان طبيعة المنازعة الإدارية ومقتضيات المصلحة العامة، مع المحافظة على حقوق الأفراد وحرياتهم.

ويعرف القضاء عموما من الناحية الاصطلاحية[1]: أنه الفصل في المنازعات من طرف هيئة قضائية مشكلة تشكيلا صحيحا ومختصة في خصومة رفعت إليها تطبيقا للقانون ومحافظة على الاستقرار الاجتماعي وتحقيقا للعدالة[2].

---

[1] – عرفه علماء الشريعة بمايلي: ابن فرحون من المالكية عرفه بأنه: "الإخبار عن الحكم الشرعي على سبيل الإلزام " كتاب تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، المجلد الثاني، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، لبنان، ص 427. كما عرفه الشافعية بقولهم: "أنه فصل الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى "، البيجوري، حاشيته على شرح ابن القاسم، الجزء الثاني، دار الغرب الإسلامي، لبنان، ص612.

[2] – أنظر: د. عبد الله حداد، القانون الإداري المغربي على ضوء القانون المحدث للمحاكم الإدارية، مجلس القضاء الإداري المغربي، بدون دار نشر، المغرب، ص 4.

ويعرف القضاء الإداري بأنه: "قضاء إنشائي يبتدع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ بين الإدارة والأفراد في المرافق العامة"[1].

وعرف أيضا بأنه: "القضاء الذي يقوم بمراقبة احترام الإدارة للقانون فيما يصدر عنها من أعمال قانونية ومادية، فيقيم بذلك نوعا من التوازن بين المصلحة العامة والتي تمثلها الإدارة والمصلحة الخاصة والتي يمثلها الأفراد في حقوقهم وحرياتهم، والتي يجب ألا تقيد إلا تحقيقا للمصلحة العامة وفي حدود ما يسمح به القانون[2].

وعرف أيضا بأنه: "هيئة قضائية مستقلة، تقوم بتقديم الفتاوى وإعداد وصياغة التشريعات، والفصل في المنازعات الإدارية وفق قواعد قانونية متميزة تتمثل في قواعد القانون العام " [3].

ومن خلال التعريفات السابقة يمكن أن نستخلص التعريف الآتي: "**هو قضاء إنشائي يستخدم قواعد استثنائية مختلفة عن قواعد القانون الخاص، يقوم فيه القاضي باستنباط هذه القواعد من خلال الوقائع المعروضة عليه، مراعيا في ذلك استمرارية المرفق العام وحسن سيره بما يحقق المصلحة**

---

1 – د. سليمان محمد الطماوي، دروس في القضاء الإداري، قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام – دراسة مقارنة –، منشورات دار الفكر العربي، 1976، مصر، ص5.

2 – د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، مبدأ المشروعية – لجان التوفيق في المنازعات –، منشورات دار الجامعة الجديدة، 2010، مصر، ص09.

3 – د. محمد علي جواد كاظم، القضاء الإداري، منشورات جامعة المستنصرية،2010، العراق، ص 26.

العامة، مع ضمان حقوق الأفراد وحرياتهم من تعسف الإدارة المستخدمة لامتيازات السلطة العامة ".

- **ثالثا:** تعريف الاجتهاد القضائي

إن عبارة الاجتهاد القضائي في اللغة الفرنسية "*Jurisprudence*" مشتقة من أصل لاتيني يتكون من لفظ "*Juris*" ويعني القانون ثم لفظ "*prudentia*" وتعني المعرفة أو العلم، بحيث كان يطلق قديما على الاجتهاد القضائي: "العلم التطبيقي للقانون"[1].

وبالرجوع إلى قواميس المصطلحات القانونية الفرنسية نجدها قد وضعت له عدة معاني، وإذا أطلق في القانون العام وهو مجالنا فيعرف بمايلي:

"*Jurisprudence (droit général).*

En droit public, on parle volontiers de « jurisprudence prétorienne» pour souligner le caractère créateur de la jurisprudence administrative et son rôle de source très importante du droit administratif".[2]

بمعنى أن الاجتهاد القضائي في القانون العام يعني الكلام عن الاجتهاد القضائي البريتوري، وذلك للتأكيد على الطبيعة الإنشائية للاجتهاد القضائي الإداري ودوره كمصدر مهم للقانون الإداري.

[1] – د. محمد عبد النباوي، تعميم الاجتهاد القضائي مساهمة في خدمة العدالة، مجلة سلسلة الاجتهاد القضائي، مراكش، 2011، ص 5.

[2] - Lexique des termes juridiques, 2014, 21 éditions, Dalloz, p 549.

وبعد ذكر معنى الاجتهاد القضائي في القانون العام عند الفرنسيين، وذكر المعنى الاصطلاحي لكل من الاجتهاد والقضاء، نستطيع الآن أن نعرف الاجتهاد القضائي تعريفا فيه شيء من الاجتهاد فأقول:" **إن الاجتهاد القضائي هو بذل القاضي أو هيئة قضائية وسعه وجهده وطاقته في استنباط وتحصيل الحلول والأحكام القانونية من مصادرها الرسمية وتنزيلها على الوقائع تنزيلا محكما يقضي إلى الفصل في الخصومة المتنازع عليها، في حالة عدم وجود النص القانوني الواجب التطبيق أو غموضه أو عدم كفايته، فيفسر القانون متى كان غامضا، ويكمله متى كان ناقصا، ويوجد حلا متى كان النص غير موجود، ويكون ملزما لأطرافه** ".

وبناء على ما سبق نجد أن الاجتهاد القضائي اجتهاد مخصوص، من حيث أنه صادر من قاض منفرد أو هيئة قضائية، في واقعة متنازع عليها، ويكون الحل ملزما لأطرافه، وهذا ما يميزه عن مطلق الاجتهاد والذي هو: بذل الجهد في استنباط حل لواقعة معينة.

كما أنه يتفق مع الاجتهاد الفقهي من حيث أنه استفراغ الوسع في معرفة الحل القانوني، ويخالفه في أن المسألة التي يجتهد فيها الفقيه قد تكون واقعة وقد تكون غير واقعة، وقد يوجد من يسأل عنها وقد لا يوجد من يسأل عنها، كما أن حل الفقيه غير ملزم لأحد.

وبعد تعريفنا لمصطلح الاجتهاد القضائي، وانطلاقا من التعريفات الكلاسيكية للمصطلحات إلى تعريف عام وخاص، وواسع وضيق، وإسقاط ذلك

على القضاء الإداري، فيمكننا القول إن المعنى العام للاجتهاد القضائي هو: "**مجموع الحلول التي تتوصل إليها الجهات القضائية وهي تفصل في الخصومات المعروضة عليها في أي مادة أو فرع من فروع القانون، ويطلق عليها: الاجتهاد القضائي الإداري، والاجتهاد القضائي التجاري، والبحري، والعقاري.... إلخ**".

ومعنى خاص يتعلق بالاجتهاد القضائي الإداري وهو: "**الجهد الذي يبذله القاضي الإداري أو الهيئة القضائية الإدارية، في إيجاد واستنباط الحلول والأحكام القانونية، ليطبقها على خصومة معروضة عليه في إطار القانون العام، وينطلق القاضي فيها من قواعد استثنائية غير مألوفة في قواعد القانون الخاص، غير موجودة أو موجودة ويعتريها غموض وعدم كفاية، مراعيا في ذلك الموازنة بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة للأفراد** ".

الفرع الثاني: علاقة الاجتهاد القضائي ببعض المصطلحات المتداخلة معه

إن مصطلح الاجتهاد يتداخل مع بعض المصطلحات الأخرى، وحتى تتضح صورته أكثر كان لزاما أن نبين العلاقة بين الاجتهاد وهذه المصطلحات، ونميز بينه وبينها أحيانا أخرى وذلك في النقاط التالية:

أولا: العلاقة بين الاجتهاد والحكم القضائي.

عرّف فقهاء القانون الحكم القضائي بأنه: "هو القرار الصادر من محكمة مشكلة تشكيلا صحيحا، مختصة في خصومة رفعت إليها وفق قواعد المرافعات، سواء كان

صادرا في موضوع الخصومة أو في شقٍ منه أو في مسألة متفرعة عنه"[1].

ومن التعريف السابق نلاحظ أن للحكم القضائي شرطين أساسيين وهما:

1- أن يكون الحكم صادرا من محكمة مشكلة تشكيلا صحيحا وفي ضمن اختصاصها النوعي.

2- أن يكون الحكم صادرا بصدد منازعة رفعت للجهة القضائية المختصة وفق أحكام قانون الإجراءات، إضافة إلى نقطة أخرى شكلية وهي أن يكون هذا الحكم مكتوباً [2].

إن الحكم القضائي يعد نتيجة منطقية للاجتهاد الذي يمارسه القاضي عند النظر في الدعوى، ذلك أن النص القانوني لا يكون دائما متوفرا في القضية المعروضة على القاضي في المادة الإدارية، وقد يكون متوفرا ولكنه غير مُلبٍ للغرض، كأن يكون النص غامضا يحتاج إلى تفسير أو تأويل[3]، إما لأنه قد ورد مجملا ويحتاج لتفصيل أو عاما يحتاج لتخصيص أو مطلقا يحتاج إلى تقييد[1].

---

1 – د. أحمد أبو الوفاء، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة السادسة، 1989، ص34.

2 – حسب المادة الثامنة في فقرتها الخامسة من القانون 08–09، وهو استعمال أظن أن المشرع قد جانب فيه الصواب، لأن الأمر لا يقتصر على المحاكم الإدارية.

3 – التفسير مأخوذ من الفسْر، ويعني الإبانة وكشف المغطى، بمعنى إزالة الإبهام عن اللفظ المشكل – والمشكل الذي لا يفيد المعنى المقصود – كما أن التفسير ليس مجرد كشف القناع عن اللفظ المشكل؛ بل هو محاولة إزالة الخفاء في دلالة الكلام، فلابدّ أن يكون هناك إبهام في وجه اللفظ بحيث يستر وجه المعنى ويحتاج إلى محاولة واجتهاد بالغ حتى يزول الخفاء ويرتفع الإشكال، وأما التأويل في الأصل الترجيح وبناء عليه فالتفسير كشف المراد عن المشكل والتأويل رد أحد المحتملين إلى ما =

وحيث أن القاضي يجب عليه أن يصدر حكما في القضية المعروضة عليه وإلا يعد ممتنعا عن إحقاق العدالة، لذلك كان الاجتهاد بإعمال قواعد التفسير لرفع الغموض عن النص التشريعي، واستخدام المصادر القانونية الأخرى عند انعدام النص.

فالقاضي يجب عليه في كل الأحوال إصدار الحكم القضائي في الدعوى المعروضة عليه، ولا يجوز له الامتناع عن إصدار الحكم القضائي بحجة فقدان النص القانوني أو غموضه.

ومما تقدم يتبين لنا مدى العلاقة بين الاجتهاد والحكم القضائي، إذ لولا الاجتهاد القضائي لتعطلت الكثير من النصوص القانونية عبر الجمود على ألفاظ تلك النصوص مما يؤدي إلى تعذر إصدار الحكم القضائي في الكثير من القضايا المعروضة على القضاء.

ذلك أن النصوص القانونية محدودة والحالات المعروضة على القضاء متجددة وغير محدودة، وحيث أن المشرع يحرص كثيرا في صياغة تلك النصوص في ألفاظ عامة ومجردة لكي تكون مستوعبة للحالات المستجدة، وعبر تقادم الزمن فإن ألفاظ تلك النصوص قد لا تكون مؤدية للغرض في مقام إصدار الحكم القضائي،

=

يطابق الظاهر، انظر : د. هاجر دوبر، علم الكلام المعاصر في ضوء المتغيرات الحديثة، بيت الحكمة، بغداد، 2012، ص72.

[1] – انظر: المستشار عز الدين الناصوري، والأستاذ حامد عكاز، التعليق المقارن على مواد قانون الإثبات، الجزء الثاني، منشورات المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الحادية عشر، 2009، مصر، ص707.

لذا يجب على القاضي والحالة تلك أن يجتهد في تفعيل ألفاظ تلك النصوص عبر تفسيرها تفسيرا ينسجم ووقائع الحياة المتجددة وغير المحدودة.

بل إن الاجتهاد يعد الركيزة والركن الأساس في عملية إصدار الحكم القضائي حتى في حالة وجود النص القانوني، حيث أن كل حكم قضائي يصدره القاضي يستبطن قياسا منطقيا (عقليا) والقياس كما هو معروف من أوضح صور الاجتهاد.

فالحكم القضائي يستبطن كما ذكرنا قياسا منطقيا[1] ولو في صورته البسيطة وكبرى القياس في القضية هي القاعدة الكلية التي يستند إليها القاضي في تكييف وإصدار الحكم، والصغرى هي الواقعة القضائية المعروضة على القاضي والنتيجة المنطقية هي الحكم القضائي الذي يصدره القاضي.

فنجد القياس المنطقي الذي يمارسه القاضي في الدعوى المعروضة عليه يتجسد في عملية تسبيب الحكم القضائي، والتي هي عملية منطقية عقلية أو ذهنية تعتمد على التفكير والتحليل والتأمل ولها محل مادي ترد عليهن ويتكون من عناصر واقعية الأصل فيها أنها واردة من الخصوم حيث يقع عليهم عبء

---

1 – فمثلا عندما يريد القاضي أن يصدر حكما قضائيا بإلزام المدعى عليه بالتعويض لإلحاقه ضررا بالمدعي فإنه يتوصل إلى ذلك الحكم عبر قياس منطقي مقدمته الكبرى أن كل من ألحق ضررا بالغير يلزمه التعويض، وحيث ثبت إضرار المدعى عليه بالمدعي (المقدمة الصغرى) يكون صدور الحكم بإلزام المدعى عليه بالتعويض لإضراره بالمدعي (النتيجة)، وهذا المنطق الذي يطبقه القاضي في نطاق الدعوى المعروضة عليه يسمى بالمنطق القضائي تمييزا له عن المنطق القانوني والذي يتمثل في الأسلوب الفكري الذي بمقتضاه يمكن معالجة مسألة ما للوصول إلى حلها القانوني مستعينا في ذلك بمصادر القانون المعترف بها وفي إطار الأساليب الفنية المحددة.

الإثبات والادعاء، وعناصر قانونية نابعة من عون الدولة الذي يفترض فيه العلم بالقانون والالتزام به.

ثانيا: العلاقة بين الاجتهاد القضائي والسابقة القضائية.

يطلق مصطلح السوابق القضائية ويراد بها: مجموع اجتهادات المحاكم المختصة عبر الأحكام القضائية التي تصدرها في موضوع قانوني معين.

وتعد السوابق القضائية مصدرا من مصادر القانون في الدول التي تأخذ بنظام السوابق القضائية كإنجلترا وأمريكا والبلدان الإنجلوسكسونية[1] والتي تعتمد على المنهج الاستقرائي للوصول إلى الحكم القضائي عبر استقراء السوابق القضائية المشابهة لموضوع النزاع ومن ثم استنباط الحكم القضائي في النزاع المعروض على القضاء.

وبموجب مذهب الالتزام بالسابقة القضائية فإن القاضي عند قيامه باتخاذ قرار في القضية المعروضة أمامه، عليه أن يبحث في القرارات التي قررها القضاة الآخرون في قضية مشابهة في وقائعها للقضية التي أمامه، فإذا وجد فعليه أن يستنير بها ويطبق حكمها على القضية التي أمامه وبذلك يكون حكم القاضي منسجما مع المبادئ القانونية في النظام القانوني ومطورا لها، أما إذا لم يعثر القاضي على سابقة قضائية مشابهة في ظروفها ووقائعها لتلك المعروضة أمامه فعليه أن يجتهد وإذا أقرّ اجتهاده فيكون حكمه سابقة قضائية، وكأن السابقة القضائية قد ولدت من رحم الاجتهاد القضائي، وتصبح كل محكمة ملزمة

---

[1] – د. مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون، الجزء الأول، المكتبة البغدادية، 1973، بغداد، ص7.

باتباع السوابق القضائية المقررة من قبلها ومن قبل المحاكم الأعلى منها، مع العلم أن الجزء الملزم من السابقة القضائية هو (علة القرار)[1].

ولكن في النظام القانوني الفرنسي والنظم القانونية الأخرى التي تتبع النظام القانوني الفرنسي كمعظم التشريعات العربية في استنباط الأحكام القضائية من القواعد العامة المنصوص عليها في متون القوانين، فإن قاضي الموضوع عليه أن يجد نوعا من الترابط المنطقي بين الواقعة المعروضة عليه وبين القاعدة القانونية العامة التي يستند إليها عندما يصدر حكمه القضائي لكي يكون موافقا للقانون وإلا كان معرضا للطعن.

وحيث أن هذا النظام القانوني لا يعتمد السوابق القضائية كمصدر من مصادر الحكم القضائي كالنظام القانوني الإنجليزي، فإن مخالفة محكمة الموضوع في إصدار الحكم لاجتهاد قضائي سابق منها أو من المحاكم الأخرى لا يشكل سببا للطعن، إلا أن هذا القول يصدق في الحقيقة من الناحية النظرية، ولكن الواقع العملي التطبيقي هو خلاف ذلك، فالاجتهاد المستقر لأعلى الهرم القضائي سواء العادي أو الإداري حول نقطة قانونية معينة له قوة معنوية تفوق أحيانا ما للنص القانوني من قوة ملزمة؛ ولأنه قلما تجرؤ محكمة دنيا على

---

[1] – د. مجيد حميد العنبكي، المدخل لدراسة النظام القانوني الإنجليزي، منشورات وزارة العدل، 1990، العراق، ص44.

مخالفة هذا الاجتهاد المستقر وإذا خالفته فإن قرارها يتعرض للنقض من قبل الهيئة القضائية العليا في الهرم القضائي[1].

ذلك أن السلطة المخولة بوضع القواعد القانونية العامة هي السلطة التشريعية، وأحيانا للسلطة التنفيذية عبر التنظيمات، ويكون للسلطة القضائية مهمة فصل النزاعات الفردية المعروضة عليها وذلك بتطبيق القاعدة العامة التي وضعتها السلطة التشريعية، وبالتأكيد أن السلطة القضائية هي التي يعود لها تحديد معنى القواعد التي تطبقها والتي وضعتها السلطة التشريعية ومن ثم يجب بالضرورة على السلطة القضائية أن تفسر القواعد العامة التي تطبقها[2].

المطلب الثاني: أهمية الاجتهاد القضائي للمادة الإدارية.

تذهب القاعدة العامة إلى أنه إذا ما عرضت على القاضي – أي قاض – منازعة، فإنه يلتزم بالفصل فيها للوصول لتلك الغاية، وعلى القاضي أن يبحث أصالة وبصفة أولية عن نص تشريعي يحكم المنازعة المطروحة، فإن لم يجد نصا اتجه للبحث في المصادر الأخرى للقاعدة القانونية، وحسب الترتيب الذي يرسمه المشرع، فإن لم يجد في أي مصدر من هذه المصادر قاعدة تحكم النزاع محل البحث، فإنه لا يستطيع الامتناع عن إصدار الحكم على أساس عدم وجود

---

1 – وقد أسند المؤسس الدستوري في الجزائر مسؤولية توحيد الاجتهاد القضائي لكل من المحكمة العليا في القضاء العادي ومجلس الدولة في القضاء الإداري، من أجل أن يعطي استقرارا لهذا الاجتهاد وفاعلية، وذلك في نص المادة 152 من دستور 1996.

2 – د. حلمي محمد الحجار، أسباب الطعن بالنقض، المؤسسة الحديثة للكتاب، الطبعة الأولى، 2004، طرابلس، لبنان، ص395.

قاعدة قانونية، وإنما عليه أن يصدر حكمه في الدعوى باجتهاده وبقاعدة من ابتكاره وابتداعه وإنشائه، وإلا كان مرتكبا لجريمة إنكار العدالة[1].

وهذه القاعدة عامة، أي ملزمة لكل من القاضي العادي والقاضي الإداري، فكلاهما ملزم بالفصل فيما يطرح عليه من منازعات، حتى ولو لم تتوفر القاعدة القانونية الصالحة للتطبيق في أي مصدر من مصادر القانون، ولكن الفارق يظهر بوضوح إذا قلنا أن القاضي العادي يطبق قواعد القانون المدني، وهذا قانون قديم ممتد بجذوره حتى عهد القانون الروماني إن لم يكن قبل ذلك، كما أن قواعده قد جمعت في مجموعة واحدة ومنذ فترة بعيدة، فكان التجميع والقدم له دور أن جعل هذا القانون على درجة من الاتساع تسمح له بأن يحكم كل الوقائع وتحت غالب الظروف، حتى يمكننا القول أن يحدث من وقائع مستجدة ولا تندرج تحت نصوص القانون المدني من الندرة التي تجعلنا نقول أنها غير موجود ومؤثرة في أصل القانون وجوهره[2].

ولكن إذا ذكرنا القانون الإداري وجدناه قانونا حديث النشأة، لم يولد إلا في أواخر القرن التاسع عشر، ولم تتبلور وتتضح أسسه ونظرياته إلا في بدايات القرن العشرين، الأمر الذي جعل هذا القانون لم يجد الفرصة للتجميع في منظومة واحدة، بالإضافة إلى أن هذه القواعد جاءت لتعالج الحياة الإدارية وموضوع النشاط الإداري ومنازعاته، وكلها سريعة التطور الأمر الذي لم يسعف

---

1 – د. محمد الشافعي أبو راس، القانون الإداري، 2004، بدون دار نشر، مصر، ص 19.

2 - Michel tabet ،les principes généraux du droit en droit administratif français et libanais, 2002, n 07.

المشرع لمجاراتها، هذا الأمر فرض على القاضي الإداري إيجاد حل للمنازعات المعروضة عليه بالاجتهاد، وهنا يتمثل الفارق بين القاضي العادي والقاضي الإداري، في حين أنه لا يضطر الأول إلى ابتكار قاعدة قانونية إلا نادرا، نجد الثاني يقوم باستمرار بخلق القواعد القانونية وابتكارها [1].

وبناء عليه سأقسّم هذا المطلب على النحو التالي:

الفرع الأول: أهمية الاجتهاد القضائي الإداري في خلق المادة الإدارية.

الفرع الثاني: أثر النشأة القضائية للقانون الإداري.

الفرع الأول: أهمية الاجتهاد القضائي الإداري بالنسبة للمادة الإداري.

يمكن القول إن القانون الإداري ولد في نهاية عام 1877، تاريخ نشأة مجلس الدولة الفرنسي كقاضي إداري يفصل في المنازعات الإدارية، ويرى البعض الآخر أن قواعد القانون الإداري ونظرياته لم تظهر بمجرد نشأة مجلس الدولة بل احتاج الأمر جهدا ووقتا وتطورا للأفكار التي كانت قائمة آنذاك، الأمر الذي أدى لتأخر ظهور هذه القواعد كمجموعة من القواعد القانونية[2].

ومما يميز القانون الإداري أن غايته تحقيق الصالح العام وحماية الحقوق والحريات للأفراد، الأمر الذي جعله قانون مرن ومتطور دوره خدمة المجتمع.

والقاضي الإداري موكل بوضع حدود هذه المصلحة والعمل على حمايتها ومراقبة تنفيذها، فهو قانون ولد على يد القاضي الإداري، مما جعله يتميز

---

1 - Gilles j. Guglielmo : le droit administratif et l’invention du juge, cours de droit administratif, 2004, n19.

2 - Le breton (g.) : droit administratif général, Armand colin, 1966, p.49.

بالطابع الإنشائي للقضاء الإداري[1].

ومن المعروف أنه لا يوجد تقنين موحد للقانون الإداري كما هو الحال بالنسبة للقانون المدني، فالقاضي المدني يجد أمامه وهو ينظر في الدعوى المعروضة عليه، مجموعة قانونية تتضمن القواعد التي يتعين عليه تطبيقها[2]، عكس القاضي الإداري الذي لا يجد أمامه وهو يفصل في النزاع إلا مجموعة من النصوص القانونية المتعددة والمتشابكة والتي يعتريها الغموض، وأمام هذه الشمولية وعدم تحديد وتبلور المبادئ العامة التي يستطيع القاضي أن يستدل بها عند عدم وجود النص القانوني الذي يحكم النزاع، كان لزاما على هذا القاضي أن يتلاءم مع هذه الطبيعة الخاصة للمنازعة الإدارية[3].

وبالرغم من صدور نصوص قانونية عديدة تنظم مختلف الجوانب المتعلقة بالإدارة العامة، إلا أن القضاء الإداري لم يفقد مكانته ودوره، فلقد كان ولا يزال يلعب دورا هاما ومتميزا في إرساء قواعد القانون الإداري وإليه يرجع الفضل في الكشف عن كثير من القواعد والنظريات وحسم الكثير من المنازعات[4]، بل نجد كثير من القواعد التي أصدرها المشرع لتنظيم جانب أو أكثر من جوانب هذا القانون هي في الأصل لا تخرج عن كونها تقنينا لأحكام ومبادئ قضائية

1 - voir, lochak (D.) " ،quelle légitimât pour le juge administratif " ؟droit et politique, puf, 1993, p.141.

2 – انظر / عبيد بن نادر العصيمي، الدور الإنشائي للقاضي الإداري في فرنسا، مجلة الرياض، العدد 158، ط 2010، المملكة العربية السعودية، ص 244.

3 – عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة، دار النهضة العربية، 1971، مصر، ص 130.

4 - Yves poirmeur : la doctrine administrative et le juge administratif, la crise d'un modèle de production du droit, 1995, p.21 .

مستقرة، فالقاضي الإداري له دور فعال وخطير في خلق وتطوير قواعد القانون الإداري وبناء نظرياته، وهو دور يختلف اختلافا جوهريا عن دور القاضي المدني الذي لا يخرج عن كونه مطبقا لنصوص القانون.

وإذ يضطر القاضي الإداري ويجتهد في إيجاد حل قانوني للنزاع المعروض عليه عند غياب النص القانوني الواجب التطبيق، فإنه يكون وحده مصدر هذه القاعدة، ولذلك كان القانون الإداري قانون قضائي، ويجب التنبيه هنا بأن قولنا قانون قضائي يختلف عن القول بنظام السوابق القضائية، فنظام السوابق القضائية يعني التزام كل محكمة بما تصدره كافة المحاكم التي تعلوها في الدرجة من أحكام، وما تقرره من قواعد ومبادئ فهو يعتبر قانون ملزم لكافة المحاكم والأحكام التي تليها، أما قولنا القانون الإداري قانون قضائي، فذلك يعني للقاضي الإداري قدرة على خلق القاعدة القانونية، وأن خلقه لهذه القاعدة وبمجرد تطبيقه لها ينتهي وتنتهي كامل قوتها ولا تكون ملزمة لغيره من المحاكم أو القضاة، بل ليست ملزمة له شخصيا عند النظر في منازعة أخرى، فحريته واسعة ومطلقة وتعطيه إمكانية معالجة كل حالة بموضوعية عملية، وإذا تبين لنا أن القرار الذي يصدره القاضي الإداري لا يكون ملزما له عند النظر في خصومة أخرى، ولا يقيد غيره من القضاة والمحاكم، فإنه يتجلى لنا مدى الفرق والتمايز بين القاعدة القانونية التي يخلقها القاضي، وبين القاعدة القانونية التي يصدرها المشرع، ذلك أنه بينما يلتزم جميع القضاة وجميع المحاكم بتطبيق النص القانوني، فإنها ليست ملزمة بالنسبة للقاعدة القانونية القضائية[1].

---

1 - Drago (R.) " ‹le juge judiciaire, juge administratif, R.F.D.A ? 1990, p.757 .

وانطلاقا من النشأة القضائية للقانون الإداري ووصفه بأنه قانون قضائي، كان ذلك دافع للفقهاء والقضاة والمهتمين بدراسة القانون الإداري، أن يدرسوا هذه الأحكام والنظريات التي خلقها القضاء وتقرر مبادئ جديدة ونظريات حديثة في مجال القانون الإداري، وهذا إثراء لقواعد هذا القانون الحديث النشأة وغير المقنن لكي يلاحق عملية التطور التي يعيشها المرفق الإداري وعدم قدرة النصوص القانونية عن ملاحقة هذا التطور وعدم كفاية تلك النصوص، ولذلك كان هذا الدور المتميز للقاضي الإداري في خلق وابتداع والاجتهاد لإيجاد قواعد قانونية، يرجع الأساس فيها إلى طبيعة العلاقة التي ينظمها القانون العام وهي علاقة الفرد بالدولة، هذه العلاقة التي نجد موضوعاتها متطورة باستمرار ولا يصلح لمواجهتها وتنظيمها ومواكبتها قانون مكتوب بكامله، فكانت الضرورة بأن يلعب قاضي القانون العام دورا هاما وبارزا لا يشاركه فيه قاضي القانون الخاص[1].

وهذا الدور سلم به المشرع المصري واعترف به في المذكرة الإيضاحية لقانون مجلس الدولة رقم 165 لسنة 1955 إذ جاء فيها : "أن القضاء الإداري ليس مجرد قضاء تطبيقي كالقضاء المدني، بل هو في الأغلب قضاء إنشائي يبتدع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ بين الإدارة في تسييرها للمرافق العامة وبين الإفراد، وهي روابط تختلف في طبيعتها عن روابط القانون الخاص، وذلك كله يقتضي من القائمين بأمر القضاء الإداري مجهودا ليس باليسير للبحث

---

[1] – أحمد كمال أبو المجد، الدور الإنشائي للقضاء الإداري بين المذاهب الموضوعية في القانون، مجلة القانون والاقتصاد، عام 1962، العدد الاول، السنة 32، ص 441.

والتمحيص والتأصيل لاحتياجات المرافق العامة وذلك لإحداث نوع من الملائمة بين المصالح العامة والمصالح الفردية الخاصة".

وإذا كان القاضي الإداري شأنه شأن القاضي المدني من حيث التزامه بتطبيق النص القانوني متى وجد، فإن سلطته فيما يتعلق بتفسير هذا النص وتحديد مضمونه وكيفية العمل به تختلف عن القاضي المدني، حيث لا يقف القاضي الإداري عند مجرد تطبيق القانون تطبيقا مجردا، وإنما يملك سلطة واسعة في تفسير هذا النص، وتحديد مدى انطباقها على الحالة الواقعية المعروضة أمامه[1]، وهو في ذلك يتجاوز منطق التفسير إلى ابتداع الحلول واستخلاص مبادئ قانونية لا يحتويها النص المكتوب، ساعيا من وراء ذلك إلى إقامة التوازن بين مصلحة الإدارة وحقوق الأفراد وحرياتهم[2].

وفي حالة عدم وجود نص قانوني ليطبقه القاضي الإداري وهو الغالب في المنظومة القانونية الإدارية، فالقاضي يجتهد ويستنبط الحكم القانوني الذي يطبقه على الخصومة المعروضة عليه، فيكون عندها مبدعا ومنشئا للحكم الذي سيكون مصدراً للقاعدة القانونية التي تحكم هذا النزاع [3]، معتمدا في ذلك على المبادئ العامة للقانون ومبادئ العدالة والإنصاف.

---

1 – د. محمد محمد بدران، أصول القانون الإداري، دار النهضة العربية، 2002، مصر، ص7.

2 - Troper (M.) : le problème de l’interprétation de la supra légalité constitutionnelle, mélanges, Eisen Mann, 1975, p.132.

3 – د. جابر جاد نصار، دائرة توحيد المبادئ وفقا للمادة 54 مكررا من قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972، وتأكيد الطبيعة القضائية للقانون الإداري، دار النهضة العربية، 2003، مصر، ص33.

الفرع الثاني: أثر النشأة القضائية للقانون الإداري

من المميزات الجلية والواضحة للقانون الإداري، أنه قانون مرن ومتطور بتطور الإدارة والمرفق العام، وموازنته بين المصلحة العامة وحقوق الأفراد وحرياتهم، خدمة للمجتمع وحفاظا على استقراره.

وعدم القدرة على تقنينه بسبب رعايته لهذه المصلحة العامة المرنة، فما تعتبره الإدارة اليوم مصلحة عامة قد لا يكون كذلك غدا، وهذا ما جعل قواعد القانون الإداري متطورة ومتغيرة تبعا لتطور وتغير هذه المصلحة، والتي تتحكم فيها مجموعة من العوامل والظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية [1].

ونظرا لأن القاضي الإداري هو الحامي للمشروعية، فهو الموكل برسم حدود لهذه المصلحة العامة ومراقبتها بالنظر لطبيعتها المتغيرة، فكان لابد من اجتهاد القاضي الإداري الذي بقدرته وسعيه يتحقق التوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة للأفراد، ولا غرابة بعد معرفة ذلك أن يكون القضاء الإداري من المصادر الرئيسية للقانون الإداري، وكان له الفضل في ابتكار وإيجاد أغلب نظرياته ومبادئه العامة، بعد أن اعتقد وسلم بأن قواعد القانون العام متميزة واستثنائية، فاستبعد قواعد القانون الخاص ورفض أن يطبقها على منازعات الإدارة، فكان لزاما عليه أن يقدم البديل والحل المساير لتطور نشاط الإدارة ويحقق أهدافها، وشيئا فشيئا تكونت قواعد القانون الإداري الاستثنائية وغير المألوفة في قواعد القانون الخاص[2].

---

[1] - Drago (R.) : le juge judicaire, juge administratif, op.cit., p.769.

[2] - Voir : Bénard (A.) et poirmeur (Y.) " ‘présentation " in la doctrine juridique, PUF, 1993, p.47.

وبالرغم من صدور كثير من التشريعات المنظمة لمختلف الجوانب المتعلقة بالإدارة، إلا أن ذلك لم يفقد القاضي الإداري مكانته ودوره في إرساء وإثراء قواعد القانون الإداري، والعمل الجبار الذي قام به مجلس الدولة الفرنسي في ابتكار هذه المبادئ العامة والنظريات المتعلقة بالقانون الإداري يجب أن تستفيد منه البشرية وألا يبقى حكرا على فرنسا، خاصة وأنها قواعد عامة من العلم القانوني المحمود، الوليدة لتطور عقود من الاستنباط والاجتهاد لتتكرس هذه النظريات وتكون مبادئ عامة لا تعرف حدودا.

ولدور الكبير الذي يلعبه هدا الاجتهاد في تكوين الوعي القانوني لدى المجتمع والمواطن، دأب القضاء الإداري في فرنسا على نشر أحكامه واجتهاداته في مجموعات، وقام الفقهاء والباحثون في علم القانون بالتعليق عليها وبيان مواطن القوة والإبداع فيها، فأصبحت تلك الأحكام والاجتهادات نظريات ومبادئ عامة وغاية في الأهمية لكل دارسي القانون والقضاة والمحامين، ولذلك يقول الفقيه ما رسال والين *Marcel waline* : "لولا الاجتهادات القضائية لمجلس الدولة لما كان هناك وجود للقانون الإداري في فرنسا أو على الأقل سينحصر في مجموعة من الأجهزة وتجميع اختصاصاتها، فاجتهادات مجلس الدولة كانت وراء صياغة وتشكيل أعمال فقهية كبرى في القانون العام الفرنسي"[1]، فكنا أمام اجتهاد إنشائي للقاضي الإداري الذي ابتدع حلولا مناسبة للروابط القانونية التي تنشأ بين الإدارة وهي تسير شؤونها والأفراد أو على أقل تقدير كشف عنها[2].

---

[1] - Marcel waline, Traite élémentaire de droit administratif, libraire de recueil, paris, 1950, p.160.

[2] – د. جابر جاد نصر، مرجع سابق، ص 40.

وبناء على ما سبق نجد أن دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية ينقسم إلى قسمين هما:

القسم الأول: الدور المنشئ من العدم: حيث نجد القاضي الإداري ملزم بابتكار وإيجاد حلول مناسبة للروابط القانونية التي تنشأ بين الإدارة وهي تسير شؤونها والأفراد، في حالة عدم وجود قاعدة قانونية في مصادر القانون الإداري المكتوبة وغير المكتوبة ليعالج النزاع المعروض عليه، لكيلا يكون منكرا للعدالة، وذلك ما فعله القاضي الإداري حماية للمشروعية.

القسم الثاني: الدور الكاشف والمبين: حيث نجد القاضي الإداري في هذا القسم لم يوجد الحلول المناسبة من العدم، بل انحصر دوره في الكشف عنها وتبيينها كونها كانت موجودة في التشريعات الجزئية الإدارية وغير الإدارية، ومن الأسس العامة للنظام القانوني والضمير العام للمجتمع وميراثه الدفين، فيكون بذلك كاشفا عن مبادئ عامة ذات قيمة تشريعية تفرض احترامها على الإدارة والأفراد، كونها تسعى لتحقيق التوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، وهو الدور الذي لعبه مجلس الدولة الفرنسي بحكمة فكسب تأييد رجال الثورة والأفراد على حد سواء.

وكان اكتشاف هذه المبادئ يعود لعام 1873 ميلادي، وحكم بلانكو *Blanco* الشهير[1] الصادر عن محكمة التنازع الفرنسية، والذي تمثل في أن عربة صغيرة

---

[1] – رينييه كاسين–مارسيل والين، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، ترجمة: أحمد يسرى، 1956، ص 19.

تتبع مصنع التبغ صدمت طفلة فأوقعتها وجرحتها، فرفع والد الطفلة النزاع للقضاء العادي للمطالبة بالتعويض عن الضرر ضد الدولة باعتبارها مسؤولة مدنيا عن الخطأ الذي ارتكبه عمال المصنع، فرفض القضاء العادي النظر في الدعوى لأن أحد أطرافها الدولة، ووقع تنازع اختصاص سلبي بين القضاء العادي والقضاء الإداري، وكان على محكمة التنازع أن تفصل في من له من جهتي القضاء العادي أو الإداري الاختصاص العام بنظر دعاوى التعويض ضد الدولة فجاء في القرار: من حيث أن محل الدعوى المقامة من السيد بلانكو ضد مدير إقليم الجيروند – ممثلا للدولة– هو تقرير مسؤولية الدولة مدنيا تطبيقا للمواد 1382،1383،1384[1]، من التقنين المدني الفرنسي عن الضرر الناشئ عن الجرح الذي أصيبت به ابنته بفعل العمال الذين تستخدمهم إدارة التبغ.

وحيث أن مسئولية الدولة عن الأضرار التي تسببها للأفراد بفعل الأشخاص الذين تستخدمهم في المرفق العام لا يمكن أن تحكمها المبادئ التي يقررها التقنين المدني لتنظيم الروابط بين الأفراد بعضهم ببعض، وأن هذه المسئولية ليست عامة ولا مطلقة، بل لها قواعدها الخاصة التي تتغير تبعا لحاجات المرفق ولضرورة التوفيق بين حقوق الدولة والحقوق الخاصة، وأنه بذلك وطبقا للقوانين المشار إليها أعلاه، يكون القضاء الإداري وحده مختصا بنظرها.

فاعتبر هذا الحكم خلال عهد طويل المبدأ وحجر الزاوية في القانون الإداري، وكانت له مساهمة في النظرية العامة للقانون الإداري من حيث تأكيده

---

1 – القانون المدني الفرنسي لعام 1804.

على مبدأ ربط الاختصاص والموضوع، بأن أقر تقرير مفوض الحكومة والحكم ذاته قيام صلة تبادلية بين تطبيق القواعد المستقلة الكيان *Autonomes* غير المألوفة *Exorbitantes* في القانون الخاص وبين اختصاص القضاء الإداري، كما أكد الحكم ذاتية القانون الإداري في مجال المسئولية عن القواعد المقررة في التقنين المدني، فمسؤولية السلطة العامة تخضع لقواعد خاصة تدخل في اختصاص القضاء الإداري حتى لو كان الشخص الذي تسبب في إحداث الضرر خلال خدمة المرفق ليست له صفة الموظف، وإنما كان مستخدما من تابعي الإدارة تستخدمه بمقتضى عقد أبرم وفقا للقواعد العامة.

فالضمير العام للجماعة الوطنية والدولية أثرا بالغا على إرادة المشرع، إضافة للعوامل البيئية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية، وعلى القاضي الإداري إدراكها والإحاطة بها وفقه الواقع فقها سليما حتى يتمكن من الوصول لتفسير سليم وصحيح لإرادة المشرع والكشف بالتالي عن مبدأ قانوني جديد يطبق على المنازعة المعروضة عليه (1).

فإعطاء صفة الوجود القانوني لهذه المبادئ العامة هو من حق السلطة القضائية، ولها نفس القيمة التي يتميز بها التشريع العادي في مجال القضاء الإداري.

وبناء على ما سبق يمكن القول: أن النشأة القضائية للمادة الإدارية يرتب بعض النتائج التي كان لها تأثير واضح على هذا القانون وتطوره وأذكر منها:

---

1 - Pierre Delvolvé " ‹paradoxes du (ou paradoxes) sur le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires ‹" mélanges, R Chapus, Montchrestien, 1992, p.147.

1- أخذ المادة الإدارية طابعا مرنا، وهذه المرونة والتطور نجدها حقيقة في كل قانون، ولكن تختلف من فرع لآخر، ولكن في المادة الإدارية نجد مجالها أكثر اتساعا وفاعلية[1]. والقانون الإداري رغم حداثته إلا أنه يعتبر من أكثر فروع القانون تطورا ومرونة، بسبب ظروف عاصرت نشأته سياسية واقتصادية واجتماعية، وأيضا إلى طبيعة الروابط والعلاقات التي تجمع الأفراد من جهة والإدارة العامة من جهة أخرى[2]، وهذه المرونة والتطور ساهمت في النشأة القضائية لهذا القانون، فاستجابة الاجتهاد القضائي لتعديل هذه المبادئ يكون أسرع وأكثر استجابة من المشرع، وهذا ما يخدم الإدارة والأفراد على حد سواء[3].

2- أن الاجتهاد القضائي لا يكون فقط عند عدم وجود النص، بل أيضا مع فرض وجوده، إذا كانت العلاقات التي يحكمها هذا القانون في تطور مستمر ومع تزايد سلطات الإدارة في مواجهة الأفراد المتعاملين معها، الأمر الذي يحتم على القاضي الإداري أن يكون فطنا متيقظا خاصة وأنه المكلف بحماية حقوق الأفراد وحرياتهم وسعيه الدائم لتحقيق المصلحة العامة[4].

---

[1] - انظر: د. محمد بدران، أصول القانون الإداري، دار النهضة العربية، 2002، ص.92، وانظر أيضا:
- Gilles le Breton: droit administratif général ‹Dalloz, 2015 p.41.

[2] - د. توفيق شحاته، مبادئ القانون الإداري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، 1955، ص.93.

[3] - د. جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص 94.

[4] - Gilles le Breton : droit administratif général, Dalloz, 2015 , p.42.

المبحث الثاني: مكانة الاجتهاد القضائي وموقعه بين مصادر المادة الإدارية

إن مساهمة الاجتهاد القضائي في خلق القاعدة القانونية كان محل جدل كبير من فقهاء القانون بين منكر ومؤيد لهذه المساهمة، فنجد الفقه التقليدي لا يرى إنشاء للقانون خارج سلطة المشرع والقاضي الإداري مطبق لقواعده منفذ لإرادته، فيرى العميد جيني *François Gény*: "أن حلول القضاة محل الوظيفة التشريعية قد تم استبعاده بفضل النصوص القانونية التي منعت القضاة من اتخاذ تدابير تدخل في صلاحية هذه الوظيفة"[1].

ويذهب الأستاذ روبرت *G.RIPIERT*[2] إلى إنكار كل سلطة إنشائية للقاضي، إذ لا يعترف بوجوده إلا كعضو تنفيذي لإرادة المشرع، فالقضاة حسب رأيه عملوا على تجديد القاعدة التي هي سابقة على قرارهم ومفروضة عليهم.

ولكن هذا الرأي وجد نفسه لا يستجيب للواقع العملي للاجتهاد القضائي في المادة الإدارية، فالناظر للوقائع والأحداث والكم الهائل من النظريات والمبادئ التي هي من إنشاء القاضي الإداري، لا يمكنه إلا التسليم بالوظيفة الإنشائية للقاضي، وفي هذا المجال نجد السيد بول إسمان *Paul Esmein* يقول: "في البداية لم يعتبر الاجتهاد القضائي كأحد مصادر القانون، لكن هذه المسألة أصبحت

---

1 -Citée par Jean. Dupeyroux, Voir son article " La jurisprudence source abusive de droit " in Mélanges offerts à Jacques Maury, Paris, Dalloz Sirey, 1960, tome II, p. 375.

2 - G Ripert. Les forces créatrices du droit, L.G.D.J, 1955, p 383.

متجاوزة بفضل التمييز بين النظرية والواقع ونظام السوابق القضائية خير دليل على ذلك"[1].

فإذا كان واقع الاجتهاد القضائي مسلما به عند غالبية الفقهاء، يبقى التساؤل قائما حول ما إذا كان هذا الاجتهاد مصدرا من مصادر القانون أم لا ؟.

وانطلاقا مما سبق سأقسّم هذا المبحث إلى مطلبين:

- **المطلب الأول:** الفقه المعاصر وإثباته لحقيقة الاجتهاد القضائي ودوره.
- **المطلب الثاني:** الاجتهاد القضائي كمصدر من مصادر المادة الإدارية.

المطلب الأول: رأي الفقه المعاصر في حقيقة الاجتهاد القضائي ودوره.

لما كانت وجهة نظر الفقه التقليدي ترى أنه لا يمكن للقاضي أن يصل إلى مستوى المشرع وأن يقوم بدوره ولن يكون عضوا إنشائيا للقانون، وإنّما هو تابع له ومنفذ لإرادته، اصطدمت هذه الوجهة بعدم استجابتها للواقع ولم تتطور بتطور حاجات ومتطلبات العصر وقواعد القانون الإداري وطبيعته، وكان عليها أن تتعدل عن طريق ملاحظة الوقائع والأحداث وأن القاضي الإداري أصبح عون إنشائي للقانون، الأمر الذي أدى إلى ظهور فقه معاصر مؤيد لفكرة أن الاجتهاد القضائي مصدر من مصادر المادة الإدارية، وأن الوظيفة الإنشائية تعتبر جزء أساسيا من مهمة القاضي، فنجد السيد إسمان *Esmein* يقول : "في البداية لم يعتبر الاجتهاد القضائي كأحد مصادر القانون، لكن هذه المسألة أضحت

---

1 - V. le rapport de M. Paul Esmein " revue international de droit comparé ", 1957, v 09, numéro 2, pp.416-422.

متجاوزة الأن بفضل التمييز بين النظرية والواقع.... ولعل نظام السوابق القضائية في إنجلترا خير دليل على ذلك..."[1].

فالفقه المعاصر أدرك الثغرة التي وقع فيها الفقه التقليدي، بحيث لم يرفض مطلقا ما جاء به الفقه التقليدي من أفكار، وإنما حلّل أمرين هما؛ النظرية والواقع[2].

فإذا كان واقع الاجتهاد القضائي ودوره الإنشائي في المادة الإدارية أمر مسلم به من طرف أغلبية الفقه، فماهي حقيقة هذا الاجتهاد عند الفقه الحديث، وماهي الأسباب التي أدت إلى هذا الاجتهاد؟.

واعتباراً لما سبق سأعالج رأي الفقه المعاصر في حقيقة الاجتهاد القضائي في (فرع أول)، ثم التعرض للأدوار التي يلعبها هذا الاجتهاد القضائي في (فرع ثان).

الفرع الأول: رأي الفقه المعاصر في حقيقة الاجتهاد القضائي

لم يستطع الفقه التقليدي تقديم مبررات منطقية وواقعية حول دور ومكانة الاجتهاد القضائي، فأخذ في الزوال ليحل محله فقه حديث أكثر ملامسة للواقع واهتماما بالظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية السائدة.

فانطلق بذلك الاجتهاد القضائي في مسيرته وظهرت دولة القانون بكل معانيها، عن طريق مراقبة المشروعية وصيانة الحقوق بصفة عامة، وإقامة

---

1 - V. L'article de Mr. P. Esmein " La jurisprudence et la loi " R. 1 trimestrielle droit civil, 1952, p19 .

2 - V. S. belaid " Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge " I.G.D.J, 1974, p11.

التوازن بين حقوق السلطة العامة وحقوق الأفراد، وأصبح الاجتهاد القضائي واقعا حقيقا[1].

ورغم اعتراف هذا الفقه بدور الاجتهاد القضائي ومساهمته في خلق القاعدة القانونية، إلا أن ما قدم من شروحات حول ذلك تدل على أن هذا الفقه لم يتحرر كلية من نتائج الفقه التقليدي واعتمدت تبريراته على تفسيرات خيالية لواقع الاجتهاد القضائي.

ومن أجل إيجاد تفسير حقيقي وأساس منطقي لمساهمة القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية، اعتمد جانب من الفقه على فكرة القبول الضمني لهذه القواعد من طرف المشرع[2]، واعتمد فريق أخر من الفقهاء على فكرة رضا المعنيين[3]، في حين ذهب جانب أخر للقول بنظرية التفويض التشريعي[4].

أولا: نظرية القبول الضمني:

يجيب عن هذه النظرية الفقيه فالين[5]، فيقول: إن مفهوم القاعدة القانونية ينبغي أن يكون لها حد أدنى من العمومية فتطبق على عدد غير محدود من الحالات المادية. ويتسأل حول المادتين، الخامسة من القانون المدني الفرنسي والتي تمنع القضاء من وضع قرارات تنظيمية، والمادة 1351 والمتعلقة بنسبية قوة

---

1 - V. G. Ripert, " Les forces créatrices du droit ", L.G.D.J, 2e Edition ،1994 ،P.384.

2 - V. l'article de marcel waline " Le pouvoir normatif de la jurisprudence " Mélanges G. Scelle, 1950. p.613.

3 - V. l'article de M. MAURY " Observation sur la jurisprudence en tant que source de droit " Mel Ripert, 1950, p.28.

4 - V. l'article de H. Dupeyroux " La jurisprudence, source abusive des droits in Mélanges offerts à Jacques Maury, Paris, Dalloz Sirey, 1960, tome II, p.349

5 - V. Waline " Le pouvoir normatif de la jurisprudence " op.cit., p.613 .

الشيء المقضي به، فيرى أن هاتين المادتين كادتا أن تكون حاجزا حقيقيا لفكرة خلق القاعدة القانونية من القاضي الإداري، لولا مقتضيات المادة الرابعة من نفس القانون والتي تلزم القاضي بالحكم دون أن يتذرع بسكوت النص القانوني أو غموضه، وعند قيام القاضي الإداري بدوره وفق هذا النص ونجد المشرع لا يحدث ردة فعل، ألا يعد ذلك موافقة ضمنية من طرفه للاجتهاد القضائي، فالمشرع إما أن يقبل أو لا يقبل القاعدة القضائية ولكن عندما يتبناها يدرجها في القواعد التشريعية، فيكون في الفرضيتين قد قبل ضمنيا قاعدة الاجتهاد القضائي[1].

وقد انتقدت هذه النظرية بأن الفقيه فالين أعطى لتفسير المادة الخامسة من القانون المدني الفرنسي تفسيرا واسعا، ولا تخول للقضاء خلق قواعد قانونية، فإذا كان المشرع يعترف ببعض الحلول الاجتهادية فالأمر لا يتعدى أن يكون ذلك استثناء، كما أن المشرع يصادق على تفسيرات القاضي للقانون المدون والذي يحمل نيته، فلا نكون أمام إنشائي قضائي أصيل، وبالتالي فمحاولة الفقيه فالين إضفاء الطبيعة الإنشائية للقواعد القضائية بهذا التفسير من الصعب تقبله.

كما أن الفقيه فالين يرى أن نضع الاجتهاد القضائي في صف القواعد القضائية لا غير وأن لها طابع إنشائي، ويرفض إضفاء قيمة القاعدة الشكلية على القاعدة القضائية، وذلك بسبب أن المشرع لم يدرج الحلول القضائية ضمن القواعد العامة للمصادر الشكلية[2].

---

[1] - V. Waline " Le pouvoir normatif de la jurisprudence ", op.cit., p.615.

[2] - V. Waline " Le pouvoir normatif de la jurisprudence ،" op.cit., p.616.

ونستنتج في الأخير أن نظرية المصادقة الضمنية للفقيه فالين لا تتماشى والواقع العملي للاجتهاد القضائي الإداري وما أنتجه من قواعد ونظريات للقانون الإداري.

ثانيا: نظرية رضا المعنيين.

وعلى رأس هذه النظرية السيد موري، فيرى أن الطابع الأساسي للسلطة الإنشائية للاجتهاد

القضائي تستمد من الطبيعة القانونية للمحاكم نفسها، ومن عنصر مهم يتمثل في "رضا المعنيين"، وعلينا أن ننظر للقاضي بوصفه سلطة اجتماعية موجودة في المجتمع، وله سلطة خاصة يستعملها أحيانا فيخرج عن حدود اختصاصه، ولا يمكن في هذه الحالة أن نضفي على المقرر قيمة القاعدة القانونية إلا إذا كان هناك رضا المعنيين به، وهذا الرضا يجب أن يرتكز على الاعتقاد بالطابع الإلزامي لهذه القاعدة، كما لا يجب أن ينال رضا الجميع بل أغلبية المتقاضين منهم، فسريانه عليهم يجعله عمليا يسري على الجميع فتظهر القاعدة القانونية[1].

ولكن المتفحص لهذه النظرية يرى أن السيد موري قد جعل القاضي سلطة اجتماعية وليس جهاز مؤسسي وسلطة متخصصة، وهذا لا يمكن التسليم به لأنه سيفتح الباب أمام الاعتراف بالسلطة الإنشائية لسلطات أخرى اجتماعية في اتخاذ مقررات تتعلق بعدد من المعنيين والحاصلة على رضاهم، هذا من جهة ومن

---

[1] - V. l'article de M. MAURY " Observation sur la jurisprudence en tant que source de droit " op.cit., p.29 .

جهة أخرى لا يمكن ربط شرعية قاعدة قانونية بتدخل صنف معين من المجتمع وخارج دائرة القانون.

وبعد هذه الانتقادات كان من الضروري البحث عن تفسير حقيقي للسلطة الإنشائية للاجتهاد القضائي، فظهرت نظرية التفويض.

ثالثا: نظرية التفويض.

بمعرفتنا للدور الإنشائي الذي لعبه القاضي الإداري في إنشاء قواعد الإداري، هل يمكننا التسليم بمساواة القاعدة القانونية الصادرة عن المشرع والقاعدة المنشئة من طرف الاجتهاد القضائي؟.

يرى البعض من الفقه أن هذه المسألة يمكن حلها ببساطة لو أراد المشرع ذلك بأن يفوض المشرع للقاضي إنشاء قواعد قانونية [1].

وانطلاقا من ذلك ذهب الفقيه دبيرو *Dupeyroux* إلى أن العرف لا يكون له مرتبة التشريع إلا إذا نص على ذلك في الدستور، فالعرف له مرتبة أدنى من التشريع، ويدمج ضمن القواعد التشريعية إذا أدرجه المشرع.

ومن أجل الاعتراف به يجب أن ينص على تفويض في القانون الوضعي، وبدون ذلك ستكون القاعدة مفرغة من محتواها القانوني[2]، ووصف دبيرو القاعدة القضائية بأنها إذا كانت مثابرة فإنها لا تكون سوى عادة عادية، ولا تكسب قيمة العرف إلا بالاعتراف الصريح من المشرع، ويتخذ هذا الاعتراف صورة تفويض المشرع للقاضي.

---

[1] - V. l'article de H. Dupeyroux " La jurisprudence, source abusive des droits " op.cit., p.352.

[2] - V. l'article de H. Dupeyroux ،OP-CIT ،P.350.

ووجه للفقيه دبيرو انتقادات من الفقه التقليدي مفادها أن السلطة لا تفوض، وخاصة ضمنيا كما أنه لا فرنسا ولا أي دولة أخرى اعترف قانونها الوضعي بهذا التفويض، بل منعت القوانين الوضعية السلطة القضائية من وضع قرارات تنظيمية.

ولعل لهذا الانتقاد وجهة نظر مقبولة، خاصة وأن عمل السلطة القضائية يجد أساسه وقوته والتزام الأفراد به من الإرادة الصريحة للمشرع، وهذه النظرية مبنية على افتراض مما يجعلها متأرجحة بين القبول والرفض، وليس لها مستند قوي تحاجج به وتقنع التشريع والقضاء والفقه، إضافة إلى ذلك أعتقد أن ثبات القاعدة واستمراريتها سيكون كافيا لإضفاء القيمة الإنشائية عليها حالها حال العرف، وبالتالي لن نحتاج هنا لتفويض أو غيره.

وبعد التأمل في هذا النقاش الدائر بين هذه النظريات، أرى أن الاجتهاد القضائي في المادة الإدارية لابد أن يكون له إسهام في إنشاء القواعد القانونية وذلك ما يؤيده الواقع العملي للقضاء الإداري وخاصة في فرنسا، كما أن هذا الرأي يمكن أن يعتمد على ما يلي:

1- إن النصوص القانونية حينما تضعها الهيئة المختصة تكون في حالة سكون، والذي يبعث فيها الروح ويبث فيها الحركة هو القاضي المنطلق من الواقع، فالمشرع وإن كان لا يستطيع دائما أن يضع نصوصا تستطيع مجاراة التطور والنوازل في الواقع، فإن المهمة تنتقل إلى القضاء الذي يجب عليه أن يسد كل نقص في النصوص يعرض عليه من الواقع، وذلك لأن وظيفته لا تقتصر على تطبيق القاعدة القانونية

كما هي في صياغتها الحرفية وجمودها، وإنما عليه أيضا أن يملأ كل فراغ أو ثغرة تظهر في صرحها، وأن يجعل هذا النص مسايرا لما يستجد داخل المجتمع من وقائع وأحداث جديدة لم يستطع المشرع توقعها.

2 – النظر والتأمل في مبدأ الفصل بين السلطات، وعدم جعله مبدأ جامدا، فالسلطات تكمل بعضها وتسد الفراغ والقصور فيما بينها، متى كان ذلك تحقيقا لاستقرار الدولة وأمنها القانوني والقضائي من جهة، ومتى كان ذلك ضمن احترام كل سلطة للأخرى وعدم الاعتداء على اختصاصاتها من جهة ثانية.

الفرع الثاني: الأدوار التي يقوم بها الاجتهاد القضائي.

يلعب الاجتهاد القضائي عموما وفي المادة الإدارية خصوصا دورا بالغا في إعطاء صورة واضحة عن النظام القانوني للدولة، فهو ليس مجرد أحكام تصدر عن الهيئات القضائية فقط، بل يشكل أيضا مجالا خصبا لإبراز خصائص النظام القانوني، فالقضاء له دور في تفسير النصوص القانونية الغامضة وتكملة النقص الحاصل فيها، كما يمكنه أن يساهم باجتهاداته في خلق القاعدة القانونية، وتحقيق الأمن القانوني، ليصير بذلك مصدرا مباشرا للقانون من الناحية الواقعية، ومن أجل بسط هذه الأفكار، فإني سأتطرق لها تباعا كما يلي:

أولا: دور الاجتهاد القضائي في تفسير القانون

إن تفسير القاعدة القانونية، باعتباره وسيلة من الوسائل التي يساهم من خلالها اجتهاد القاضي في تطوير القانون، هو جانب مهم من عمل القضاء،

ومرتبط بتطبيق القاعدة القانونية، بخلاف تكملة التشريع التي ترتبط أساسا بملء الفراغ التشريعي في الحالات التي ينعدم فيها النص.

وعملية تفسير القانون عملية مهمة وصعبة في نفس الوقت، فهي مهمة ولا يتحقق الهدف منها إلا بخضوعها لقواعد تضبطها، وصعبة لأنها تتطلب منا الاعتماد على معيار دقيق يوصلنا إلى حلول قانونية عادلة وناجعة، وذلك كله دون الخروج عن حدود النص، في صورة تسمح بانسجام واستقرار التفسيرات القضائية من جهة، ولتحوّل هذه التفسيرات بمرور الوقت إلى تراكمات تؤدي لتطور التشريع ومسايرة النوازل من جهة أخر.

وتفسير القانون يرتبط أساسا بغموض النص، فمتى كان النص واضحا جليّ المعنى وجب تطبيقه بشكل مباشر دون حاجة إلى تفسير أو تأويل، غير أنه في بعض الأحيان قد يكون النص واضحا لا يحتاج إلى تفسير، لكنه يتعارض مع نصوص قانونية أخرى بشكل يستلزم تفسيره باستحضار تلك النصوص، إما باعتبارها مكملة له أو باعتبارها استثناء يرد عليه.

كما أن حالات التعارض أو عدم الانسجام مع الواقع تمثل أكثر الحالات مدعاة للاجتهاد لأن تعدد احتمالات الفهم بتعدد احتمالات التصدي لمثل هذه الحالات، ومن أجل ذلك نجد أن مرونة القواعد القضائية تمنح للقاضي الإداري حرية في ضبط وتحديد القاعدة التي تنطبق على النزاع، فإذا كان النزاع يحتمل أكثر من قاعدة فقد يستبعد قاعدة لصالح أخرى، كما قد يقوم بالتوفيق بين قاعدتين متعارضتين، فمجلس الدولة الفرنسي ظل لفترة طويلة يرجح مبدأ

استمرارية المرافق العامة على حق الإضراب [1]، وقد ذكر مفوض الحكومة تارديو *Tardieu* تبريرا لذلك مفاده؛ أن الموظف الذي يقبل التعيين يقبل في نفس الوقت جميع الالتزامات التي تفرضها عليه الوظيفة، وخاصة تلك الخاصة بتأمين سير المرافق العامة دون انقطاع.

ثانيا: دور الاجتهاد القضائي في خلق القاعدة القانونية

إن محدودية نصوص التشريع وصعوبة إحاطتها بما سيحدث من وقائع ونوازل تجعلها في حاجة دائمة لمصدر آخر من مصادر القانون يكمله ويبعث الروح فيه، وهذه هي وظيفة القضاء الذي يحتك بالواقع ويتفاعل بسرعة مع التطور الزمني، لذلك نجد أن القاعدة القانونية بالنسبة للقاضي تمثل آلية يتولى بواسطتها بعث الحياة فيها لتستمر في المستقبل عن طريق ما يسمى بالتفسير القضائي الإنشائي.

فالنصوص القانونية عندما يضعها المشرع تكون في حالة سكون، والذي يبعث فيها الروح هو القاضي مجسدا لها على أرض الواقع، فالمشرع مهما حاول أن يسعى لمواكبة التطور الحاصل في المجتمع فلا شك أنه سيقصر أحيانا بالنظر لأنه عمل بشري من جهة، وللتطور السريع خاصة في الحياة الإدارية من جهة أخرى، وهنا تنتقل المهمة إلى اجتهاد القضائي الذي يجب عليه أن يسد كل نقص في النصوص، فوظيفة القضاء لا تقتصر على تطبيق النصوص القانونية الساكنة فقط، بل تمتد وظيفته ودوره أيضا لسد كل نقص أو غفلة وقعت من المشرع.

1 - C.E, 7 août 1909, winkell et Rosier.S.1909.3.145.

وإذا علمنا أن القواعد القانونية الجزائرية في المادة الإدارية متناهية وجد محدودة، والنزاعات التي تعرض أمام القضاء غير متناهية، كان لزاما على الاجتهاد القضائي – في انتظار تدخل المشرع – أن يحل هذه الإشكالية عن طريق الأحكام والقرارات التي يصدرها، فإذا خلق حلا للنزاع المعروض بين يديه، فإنه يخلق حلا فرديا خاص بهذا النزاع، ولكن قد يسهم هذا الحل في إنشاء قواعد قانونية إذا أخذت به محاكم أخرى في نزاعات مشابهة ليصبح هذا الحل ليس حلا فرديا بل حل صادر عن القضاء بعد سهر الهيئات القضائية العليا على توحيد الاجتهاد القضائي، لذلك علينا أن نميز بين قرار القاضي وبين القضاء؛ فالقاضي يخلق حلولا خاصة، والقضاء مصدر من مصادر القاعدة القانونية[1].

ثالثا: دور الاجتهاد القضائي في تحقيق الأمن القضائي المؤدي لتحقيق الأمن القانوني

إن الاهتمام بمبدأ الأمن القانوني *sécurité juridique*[2] والأمن

---

[1] – أنظر: أ. محمد الكشبور: نظام التعاقد ونظرية القوة القاهرة والظروف الطارئة، مطبعة النجاح الجديدة، المغرب، الطبعة الأولى 1993، ص 196–197.

[2] – هناك استعمال واسع لمصطلح الأمن القانوني، إلا أنه قلّما تجد تعريفا فقهيا واضحا له، وذلك بسبب أنه متعدد المظاهر ومتنوع الدلالات، وحاولوا تعريفه لغويا وأنه يعبر عن حالة الفرد الواثق الهادئ الذي يعتقد أنه في مأمن من الخطر القادم من القاعدة القانونية سواء كان مصدرها تشريع أو تنظيم أو اجتهاد قضائي، انظر:

-Anne penneau. La sécurité juridique à travers le processus de normalisation, 2004, Edition spéciales, p242.

وعُرّف فقهيا بأنه: جودة النظام القانوني الذي يضمن للمواطنين فهما وثقة في القانون في وقت معين، أي يترجم المتطلبات اللازمة لجودة القانون وقابليته للتوقع، أنظر:

=

القضائي*sécurité judiciaire*[1] تزايد وأصبح مطلبا حقوقيا، بالنظر لما يعرفه العالم المعاصر من تطورات متلاحقة سواء على الصعيد السياسي أو الاقتصادي أو الاجتماعي، بشكل يوحي بعدم استقرار في حياة الناس، فأصبح من الواجب على القانون والقضاء مواجهة هذه التحديات الجديدة من جهة، والمحافظة على دور هذه المؤسسات كعنصر استقرار للمنظومة القانونية عموما، فما يصدر عن القانون والقضاء وهما يواكبان هذا التطور قد ينتج عنه أحيانا عدم استقرار في بعض جوانب المنظومة القانونية.

لقد أصبح الاجتهاد القضائي مطلبا حقوقيا بالنظر إلى ما يكفله من توحيد للحلول القضائية وتوقعها على نحو يرسخ الأمن القانوني "*sécurité juridique*"، الذي يهدف إلى تمكين المواطن بدون جهد مضني من تحديد ما هو مباح وما هو محظور بمقتضى القانون الجاري به العمل، ويتطلب ذلك أن تكون النصوص القانونية واضحة ومفهومة *Claire et intelligible* ولا تتعرض لتغيرات متكررة ولا

=

-Eric Carpano, Etat de droit et droits européens. Collection Logiques Juridiques, 2005. p. 231.

وعُرّف قضائيا من طرف مجلس الدولة الفرنسي بأنه: يجب أن تكون القواعد المقررة واضحة ومفهومة، وألا تخضع في الزمان إلى تغييرات متكررة وغير متوقعة، أنظر: p369.

-Rapport general du Conseil d'états Français، 2006،

[1] - إن للأمن القضائي مفهومان؛ أحدهما واسع والأخر ضيق، فالأمن القضائي بالمفهوم الواسع يعبر عن الثقة في السلطة القضائية التي تتولاها المحاكم بمختلف أنواعها ودرجاتها، مما يولد الاطمئنان إلى ما ينتج عنها كمصدر مهم للأمن القضائي، ومفهوم ضيق يتمثل في استقرار وتوحيد الاجتهاد القضائي الذي تتولاه الجهات القضائية العليا، والاستقلالية التامة للقضاة عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، أنظر: د. عبد المجيد غميجة، مداخلة في المؤتمر الثالث عشر للمجموعة الإفريقية للاتحاد العالمي للقضاة، 2008، المملكة المغربية، ص 16–20.

سيما غير متوقعة *Imprévisibles* وقد قرر مجلس الدولة الفرنسي لتحقيق هذه القاعدة قيام مبدأين اثنين هما:

- جودة القاعدة القانونية. والقاعدة الجيدة هي التي تقنن بوضوح موضوع المنع والإباحة.
- قاعدة مستقرة ومتوقعة، ولكن دون أن تكون جامدة، ولا تتيح كذلك مجالا لرجعية القانون.

إن القيمة القانونية التي يحظى بها الاجتهاد القضائي، هي ما جعلت مفهوم الأمن القانوني يتم ربطه عادة بالأمن القضائي فيقال مبدأ الأمن القانوني والقضائي، لإظهار الطابع الحمائي للقضاء في سهره على تطبيق القانون وحماية الحقوق.

إن الأمن القضائي يوجد عندما تنشأ الثقة في القضاء (كجهاز وقضاة)، والتي تترجمها استقلالية السلطة القضائية (الاستقلال العضوي) واستقلال القضاة (الاستقلال الشخصي) وتفردا في حل النزاعات (الاستقلال المادي)، إضافة لجودة الأحكام انطلاقا من الواقع لتحقيق العدالة بتطبيق القانون، وسرعة الفصل في النزاعات، ووجوب تنفيذ الأحكام القضائية ضد الإدارة بحزم وصرامة تحقيقا لمبدأ المشروعية.

المطلب الثاني: الاجتهاد القضائي كمصدر من مصادر المادة الإدارية

يشكل الاجتهاد القضائي مصدرا ينمي ويدعم النظام القانوني؛ لأنه إذا كان التشريع يرتبط بالقانون، فالاجتهاد القضائي يرتبط بحياة القانون، ولذلك يبقى القانون الذي تصنعه المحاكم هو القانون الحي المتفاعل، الواقعي والحقيقي.

إن استقلالية الاجتهاد القضائي المطلوبة لجعله مصدرا مباشرا من مصادر المادة الإدارية، تجعله في كثير من الأحيان يضبط انعدام التوازن الذي من الممكن أن تتضمنه قاعدة قانونية معينة، وهو ما عبر عنه "جوستاف لوبون" بقوله: "يعدّل القاضي العادل بحكمه ما كان جائرا في القانون"[1].

هذه الاستقلالية والفاعلية التي يتميز بها الاجتهاد القضائي، جعلت بعض التشريعات تساير الواقع وتعترف به ضمن المصادر الرسمية للقانون؛ كما هو الحال بالنسبة للقانون المدني السويسري، الصادر بتاريخ 1907[2]، والتي نص في المادة الأولى على أنه:" إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى القواعد التي كان سيضعها هو لو أنه باشر عمل المشرع".

ونعتنا للقانون الإداري بأنه قانون قضائي، تدليل على أن للقضاء دور بارز في استخلاص قواعد هذا القانون من جهة، وأن لاجتهاد القاضي الإداري

---

1 – أنظر: د. أحميدو أكري، "الشرط الجزائي من خلال الاجتهاد القضائي المغربي والمقارن"، مجلة الإشعاع، العدد العشر، سنة 1994، المملكة المغربية، ص. 94

2 – القانون المدني السويسري، المؤرخ في 1907/12/10، والساري المفعول بتاريخ 1912/01/01، نقلا عن: موقع http://www.wipo.int، بتاريخ 2017/05/06، الساعة: 16:45 مساء.

حرية أوسع في وجودها، من دور القاضي العادي وحريته في إيجاد قواعد القانون الخاص، ومن حيث الأصل فمصادر المادة الإدارية هي ذات مصادر القانون عموما، وهي عادة أربعة مصادر التشريع – العرف – القضاء – الفقه، إضافة لقواعد الشريعة الإسلامية في كثير من الدول الإسلامية.

وإذا كان التشريع في الجزائر هو المصدر الرسمي المكتوب للقوانين عموما[1]، بينما تمثل قواعد الشريعة الإسلامية والعرف وقواعد القانون الطبيعي ومبادئ العدالة والقضاء والفقه المصادر الاحتياطية للقواعد القانونية، فإن هذا الأمر قد يختلف عند الحديث عن المادة الإدارية، حيث أن طبيعة هذه المادة وأصلها التاريخي يجعل للقضاء دوراً هاماً في وجودها، بل قد يكون أهم مصادر القانون الإداري على الإطلاق، الأمر الذي يمكن معه القول أن القضاء الإداري من المصادر الرسمية مع التشريع، وذلك على الأقل من الناحية الواقعية العملية، وإن لم يكن من الناحية النظرية التقنينية [2]، وتبقى الشريعة الإسلامية والعرف وقواعد القانون الطبيعي ومبادئ العدالة في الجزائر وكثير من الدول الإسلامية مصادر احتياطية يلجأ إليها القاضي الإداري لحل النزاع عندما يتعذر ذلك في المصادر الرسمية.

---

[1] – وذلك حسب القاعدة العامة التي نصت عليها المادة الأولى من القانون المدني الجزائري، الصادر بموجب الأمر رقم 75–58، المؤرخ في 20 رمضان 1395 والموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج. ر رقم 78، لسنة 1975.

[2] – وذلك حتى في بلد منشأ القانون الإداري بمعناه الضيق وأعني فرنسا، فلا يعد القضاء مصدرا رسميا للقوانين.

وبناء على ما سبق يمكن القول؛ أن المادة الإدارية لها مصادر مكتوبة وهو ما سنوضحه في فرع أول، ومصادر غير مكتوبة في فرع ثان.

الفرع الأول: المصادر المكتوبة للمادة الإدارية.

إن مصدر الشيء يعني أصله وأساسه، أو ما يتسبب في وجوده، أي المنبع الذي تأتي منه القاعدة القانونية، أو من أين تأتي هذه القاعدة، ولذلك فالقاضي الإداري وهو يجتهد في إيجاد الحل القانوني للنزاع المعروض عليه، يلجأ لمصادر مدونة ومكتوبة تتعلق بالمادة الإدارية، وتتمثل هذه المصادر في:

أولا: التشريع.

يقصد بالتشريع كمصدر للقانون الإداري مجموعة القواعد القانونية المكتوبة الصادرة من السلطة المختصة في الدولة، على اختلاف درجاتها، وقوتها، والجهة التي صدرت عنها، والتي تُعنى بالإدارة العامة في تنظيمها ونشاطها وأمواها وموظفيها ومنازعاتها، فقد تكون هذه السلطة سلطة تأسيسية فيكون التشريع دستورياً، وقد تكون السلطة تشريعية فيكون التشريع عادياً؛ ويطلق عليه اصطلاح القانون، وأيضا قد تكون هذه السلطة تنفيذية فيكون التشريع فرعيا أو لائحيا.

1. **التشريع الأساسي؛ الدستور:** تعد الأسس الدستورية المصدر الأساسي والرسمي للقانون الإداري، وتقع الدساتير في قمة الهرم القانوني [1]، وتسمو على القواعد القانونية الأخرى جميعاً، وهي مجموعة القواعد المكتوبة في وثيقة أو عدة

---

[1] – ديباجة التعديل الدستوري لعام 2016، بموجب القانون رقم 16-01، المؤرخ في 26 من جمادى الأولى عام 1437الموافق 06 مارس 2016، والمتضمن التعديل الدستوري، ج.ر العدد 14، لسنة 2016.

وثائق دستورية–كالمواثيق وإعلانات الحقوق–، تحدد شكل الدولة ونظام الحكم فيها وعلاقتها بالمواطنين.

كما يعتبر التشريع الدستوري مصدرا للمادة الإدارية التي يستخدمها القاضي في حل النزاعات المعروضة عليه، وإذا نظرنا في الدستور الجزائري المعدل في 2016 [1]، نجد بعض الموضوعات المتعلقة بالقانون الإداري، فالمادة 22 تكلمت عن مبدأ نزع الملكية للمنفعة العامة، والمادتان 24 و25 بيّنت ضمانات المواطن في مواجهة الإدارة، بعدم تعسفها وتحيزها، وذكرت المادتان 91 و92 بعض صلاحيات رئيس الجمهورية في المجال الإداري، وبينت المادة 16 الجماعات الإقليمية للدولة، والمادة 24 عن التعسف في استعمال السلطة، والمادة 161 ونظر القضاء في الطعون الموجهة ضد قرارات السلطات الإدارية .

فقد يكون إذا المصدر الذي يستقي منه القاضي الإداري القاعدة القضائية يتمثل في المصدر الدستوري كالمواثيق وإعلانات الحقوق، ومقدمات الدساتير وأحكامها، على أن معظم الحلول القضائية التي استخرجها القاضي الإداري من هذه المصادر، تشعبت من مبدأين أساسين هما مبدأ المساواة ومبدأ الحرية، وأذكر على سبيل المثال ما قرره مجلس الدولة الفرنسي اعتمادا وتأسيسا على ذلك، حرية التنقل، حرية التجارة والصناعة، مبدأ المساواة أمام القانون بأشكاله المختلفة، المساواة أمام الأعباء العامة، المساواة أمام الضرائب، المساواة أمام

---

[1] – القانون رقم 16–01، المصدر نفسه.

المرافق العامة، المساواة بين مستخدمي الدومين، والمساواة بين المترشحين في المسابقة[1].

2.التشريع العضوي: تشكل القوانين العضوية مصدرا مهما للقاضي الإداري، وهي مجموعة القواعد القانونية الصادرة عن السلطة التشريعية، والمتعلقة بمسائل مهمة[2]، تكون في الغالب مضامينها دستورية، فرض لها المشرع مجموعة من الإجراءات في إصدراها، تكون أشدّ من إجراءات صدور القوانين العادية، مما يعني أن لها مرتبة متقدمة على التشريع العادي في هرم القواعد القانونية، ونذكر منها على سبيل المثال بعض القوانين العضوية الصادرة في مجال تنظيم هيئات القضاء الإداري، وعملها واختصاصاتها؛ كالقانون العضوي 98-01[3]، والمتعلق باختصاصات مجلس الدولة وعمله، المعدل والمتمم بموجب القانون العضوي رقم 11-13، والقانون العضوي رقم 98-03[4]، والمتعلق بمحكمة التنازع، والقانون العضوي رقم 05-11[5]، والمتعلق بالتنظيم القضائي.

---

1 – أنظر: د. رأفت فودة، مصادر المشروعية الإدارية، دار النهضة العربية، 2012، القاهرة، ص 115.

2 – ذكر معظمها في نص المادة 141 من التعديل الدستوري لسنة 2016، وذكرت مجالات أخرى في مواد أخرى متفرقة منه.

3 – القانون العضوي 98-01، المؤرخ في 30 صفر 1419 الموافق 1998/05/30، والمتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، الجريدة الرسمية العدد رقم 37، لسنة 1998، المعدل والمتمم بالقانون العضوي 11-13، المؤرخ في 26 يوليو 2011، الجريدة الرسمية العدد رقم 43، لسنة 2011.

4 – القانون العضوي رقم 98-03، المؤرخ في 8 صفر 1419 الموافق 3 يونيو 1998، والمتعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها، الجريدة الرسمية العدد رقم 39، لسنة 1998.

5 – القانون العضوي رقم 05-11، المؤرخ في 10 جمادى الثانية 1426 الموافق 17 يوليو 2005، والمتعلق بالتنظيم القضائي، الجردة الرسمية العدد رقم 51، لسنة 2005.

3. التشريع العادي: يشكّل القانون بمعناه الضيق مصدرا مهما للقانون الإداري، ويقصد به مجموعة المبادئ والقواعد التي تقررها السلطة التشريعية، باعتبارها المعبرة عن الإرادة العامة وهي صاحبة الاختصاص في ذل، وفقا لنص المادة 141 من التعديل الدستوري لسنة 2016، ومواد أخرى متفرقة في الدستور.

وللقانون دور رئيسي وهام في تنظيم الإدارة العامة الجزائرية من الناحية العضوية والموضوعية، ونجد الكثير من أحكام ومبادئ القانون الإداري قد تضمنتها تشريعات مستقلة، كالقانون الأساسي للوظيفة العامة [1]، والقانون المتعلق بالخدمة المدنية [2]، والقوانين المتعلقة بهياكل القضاء الإداري ومنها القانون 98-02[3]، والمتعلق بالمحاكم الإدارية، ... إلخ.

وقد يسلك القاضي الإداري في حله للنزاع المعروض عليه على أساس التشريع، أسلوبين من أجل إيجاد القاعدة القضائية، يتمثلان في ما يلي:

- إيجاد القاعدة القضائية باتباع أسلوب التعميم انطلاقا من نصوص جزئية:

فيذهب القاضي الإداري إلى انتهاج هذا الأسلوب في إنشاء القاعدة القضائية بتعميم أحد القواعد الجزئية التي قررتها نصوص متفرقة في حالات

---

[1] – الأمر رقم 06-03، المؤرخ في 19 جمادى الثانية 1427 الموافق 15 يوليو 2006، والمتعلق بالقانون الأساسي العام للوظيفة العامة، الجريدة الرسمية العدد 46، لعام 2006.

[2] – القانون رقم 84-10، المؤرخ في 9 جمادى الأولى 1404 الموافق 11 فبراير 1984، والمتعلق بالخدمة المدنية، الجريدة الرسمية العدد 07، لسنة 1984.

[3] – القانون رقم 98-02، المؤرخ في 30 صفر 1419 الموافق 1998/05/30، والمتعلق بالمحاكم الإدارية، الجريدة الرسمية العدد رقم 37، لسنة 1998.

خاصة، فيعتبر أن الحل الذي قررته هذه النصوص الخاصة مجرد تطبيقات جزئية لقاعدة لها من الشمولية ما يجعلها تتعدى تلك النصوص، ليطبقها خارجها على حالات جديدة غير محدودة النطاق، ليصل إلى أن الحل القضائي كان متخفيا في ثنايا التطبيقات التشريعية، فيستخرجه ليحيا حياة جديدة مستقلة عن تلك النصوص وتتعدى مجالها بكثير.

ولقد استخدم مجلس الدولة الفرنسي هذا المسلك في إيجاد "مبدأ احترام حقوق الدفاع " بناء على تعميم حل تضمنته نصوص جزئية متناثرة [1]، منها ما كانت تشريعية وأخرى لائحية، ومن هذه النصوص على سبيل المثال؛ قانون 4 أوت لعام 1839 بشأن إحالة الضباط من رتبة جنرال إلى المعاش على سبيل التأديب، وكذلك القانون الصادر في 22 أبريل 1905 والذي احتوى في مادته الخامسة والستين على نص عام بشأن ضرورة احترام حقوق الدفاع قبل اتخاذ أي جزاء تأديبي، وذلك بالنسبة لكل موظف أو مستخدم عام يكون في أية إدارة حكومية، ومنها أيضا مرسوم 29 جوان 1878، والخاص بإجراءات مجالس التحقيق المتعلقة بالضباط، والتي تطلب مواجهة الضابط بما هو مسند إليه والسماح له بتقديم ملاحظاته.

فانطلاقا من هذه النصوص سابقة الذكر، والمتعلقة بتطبيق فكرة حقوق الدفاع فيما يتعلق بالجزاءات التأديبية الموقعة على الموظفين، استخلص مجلس الدولة مبدأ قانوني عام واسع النطاق وعام التطبيق يفرض ضرورة احترام حقوق

---

[1] – أنظر: د. محمد رفعت عبد الوهاب، المبادئ العامة للقانون، الدار الجامعية،1992، لبنان، ص 90.

الدفاع في كل قرار إداري يتضمن فكرة الجزاء، وسواء كان هذا القرار يمس موظفا عاما أو مواطنا عاديا طالما أن هذا القرار يتضمن قدر من الخطورة أو يمس المصالح المادية أو المعنوية لصاحب العلاقة.

- إيجاد القاعدة القضائية من جوهر النص القانوني أو مجموعة من النصوص:

وفي هذا الأسلوب الثاني في إيجاد الحل القضائي يحتاج القاضي الإداري لجهد فكري أكبر في تفسير النص أو النصوص القانونية التي بين يديه على نحو خلاق، واستنباط الحل القضائي من روحها وجوهرها، فالمسالة هنا تتعلق بالبحث في باطن النص والتنقيب عن خفاياه وروحه لإنشاء الحل القضائي.

وقد لجأ مجلس الدولة الفرنسي لهذا الأسلوب بخصوص النصوص والمبادئ التي استعان بها القاضي الإداري من نصوص القانون الخاص لكي يحولها ويطبقها كمبادئ عامة في نطاق القانون العام، ومثل ذلك " مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية"[1]، قد استخلصه القاضي من روح نص المادة الثانية من القانون المدني الفرنسي[2]، فاستلهم روح نص المادة بخصوص رجعية القوانين، واعتمد على الحكمة العميقة التي اعتمدت عليها فكرة عدم الرجعية، والمتمثلة في ضرورة وجود أمن واستقرار للعلاقات القانونية والحياة الاجتماعية، والتي كان من

---

[1] – أنظر: د. محمد رفعت عبد الوهاب، المبادئ العامة للقانون، مرجع سابق، ص 90.

[2] – القانون المدني الفرنسي 1804.

بين بعض تطبيقاتها؛ رجعية القرارات الإدارية في حالة السحب الإداري، والتسوية المادية، والرجعية بنص، ورجعية القرارات الإدارية الكاشفة.

3. التشريع الفرعي: يطلق على القواعد القانونية التي تصدرها السلطة التنفيذية التشريع الفرعي، وتسمى في مصر اللوائح الإدارية، والمصطلح المستعمل في الجزائر التنظيمات، حيث ترجع السلطة التنظيمية أساسا لرئيس الجمهورية، وهي قواعد عامة مجردة واجبة الاحترام تلي التشريع العادي في مرتبتها في هرم التدرج القانوني، وتخضع لرقابة القضاء الإداري على أساس أنها أعمال الإدارة مترجمة في قرارات إدارية، يجب أن لا تكون مخالفة للقواعد القانونية الأعلى منها درجة، وتشمل النصوص التنظيمية؛ المراسيم الرئاسية، والمراسيم التنفيذية، وقرارات.

ثانيا: القضاء

الأصل في وظيفة القاضي تطبيق القوانين والفصل في المنازعات المعروضة أمامه، وهو ملزم قانوناً بالفصل في المنازعة الداخلة في اختصاصه وإلا اعتبر منكراً للعدالة، لذلك رسم المشرع للقاضي الأسلوب الذي يسلكه لفض المنازعة إذا لم يجد في القواعد القانونية حلاً للمنازعة.

ولأحكام القضاء أهمية بالغة في أي نظام قانوني، وهي أهمية تتعدى كونها فاصلة في خصومة بين متنازعين –كما ذكرنا سابقا – إلى كونها تمثل سوابق قضائية، تتفاوت النظم القانونية في مدى الإفادة منها، على سبيل الإلزام أو الاسترشاد، وإن كان الأصل في الدول الإنجلوسكسونية أن السوابق القضائية

لها قوة ملزمة، غير أنها في الدول التي تأخذ بالنظام اللاتيني كفرنسا والجزائر ومصر، تعد مصدرا تفسيريا استئناسيا غير رسمي للقانون [1]، وعلى ذلك لا يعد القضاء مصدراً رسمياً للقانون فيها؛ ودوره يتعلق بتطبيق النصوص القانونية وتفسيرها وإزالة غموضها والتعارض المحتمل بينها، ولا يتعدى القاضي هذا الأمر ليصل إلى حد خلق قواعد قانونية خارج نصوص التشريع.

فإن كان الكلام السابق قد يصدق في نطاق القانون المدني، فإنه قد لا يصدق بنفس الشكل في نطاق القانون الإداري؛ حيث أن هذا الأخير قضائي النشأة أصلا، وللأحكام القضائية فيه دور أبرز، وذلك راجع إلى أن الطبيعة الخاصة لقواعد القانون الإداري من حيث عدم تقنينه وظروف نشأته وتعدد مجالات نشاطه، أدى إلى أن يتجاوز القضاء الإداري دور القضاء العادي ليتماشى مع متطلبات الحياة الإدارية فيعمد إلى خلق مبادئ وأحكام القانون الإداري، فيصبح القضاء مصدر رسمي للقانون الإداري بل من أهم مصادرها الرسمية، ويتعدى دوره التشريع في كثير من الأحيان [2].

وتتميز أحكام القضاء الإداري بعدم خضوعها للقانون المدني، فالقاضي الإداري إذا لم يجد في المبادئ القانونية القائمة نصاً ينطبق على النزاع المعروض عليه يتولى بنفسه إنشاء القواعد اللازمة لذلك دون أن يكون مقيداً بقواعد القانون المدني.

---

[1] – د. عباس قاسم الداقوقي، الاجتهاد القضائي، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، 2015، مصر، ص 66 وما بعدها.

[2] – د. فؤاد العطار، القضاء الإداري، دار النهضة العربية،1982، مصر، ص 10.

ومن جانب آخر أن أحكام القضاء العادي ذات حجية نسبية تقتصر على أطراف النزاع وموضوعه ولهذا تحدد قيمتها بوصفها مصدراً تفسيراً على النقيض من أحكام القضاء الإداري التي تتميز بكونها حجة على الكافة.

وأمام انعدام النص القانوني، فإن القاضي ملزم بالفصل في النزاع فيقوم بطريقة صريحة بإنشاء القاعدة التي تحكم المنازعة المعروضة عليه، ذلك أنه عندما ينظر في القضية ولا يجد بصددها نصا، فإنه يجتهد ويجد لها حلا.

إن هذا الاجتهاد إذا لم يقصد القاضي التمسك به في المستقبل فلا يمكن الحديث عن دوره في وضع القاعدة القضائية؛ فهو مجرد حل فردي لا ينوي التمسك به في المستقبل أما إذا قصد القاضي الإداري التمسك به في المستقبل في قضايا مشابهة معروضة عليه، فإننا سوف نكون أمام قرار مبدئي (1).

فالمشرع رغم محاولاته توخي الدقة والكمال في عمله، لا يستطيع أن يحيط علما بكل شيء وأن يضع مسبقا الحلول اللازمة لكل القضايا التي قد تعرض على القضاء، فقد يحصل أن الحالة المعروضة على أنظار القاضي هي خارج

---

[1] – مثاله القرار الصادر في قضية بلانكو الشهيرة، والتي فصلت فيها محكمة التنازع الفرنسية في 8 فيفري عام 1873، وتلخصت وقائعها؛ في أن بنت السيد بلانكو صدمتها سيارة تابعة لشركة التبغ الفرنسية، وألحقت بها أضرارا، فرفع والدها دعوة أمام القضاء العادي ضد الدولة باعتبارها مسؤولة مدنيا عن الخطأ الذي ارتكبه عمال الشركة تطبيقا للمواد 1832، 1833، 1384، من القانون المدني الفرنسي لعام 1804، إلا أن ممثل الدولة دفع بعدم اختصاص القضاء العادي، فأحيل النزاع أمام محكمة التنازع التي قررت أن هذا النزاع لا يمكن أن يكون من اختصاص القضاء العادي، وأثارت هذه القضية نقطتين أساسيتين: 1– الأولى تتعلق باختصاص القضاء الإداري، وأن قواعد القانون الإداري قواعد أصيلة واستثنائية تختلف عن قواعد القانون المدني2– تحمل الدولة لمسؤولية الأفعال الصادرة عن موظفيها.

توقعات المشرع نتيجة تطور الحياة الإدارية، وبالتالي فإن اهتمام القاضي ينصب على بحث الحلول للقضية المعروضة عليه، وهذا العمل المنصب على وضع القاعدة القضائية يمر بمراحل متعددة وهي:

1- مرحلة الاكتشاف المزدوج: وتسمى أيضا بالوعي والعلم بالنقص الذي يشوب النظام القانوني القائم، يلاحظ القاضي الإداري أن النزاع المعروض عليه لم يعالج من قبل المصادر الرسمية للقاعدة القانونية، ويكتشف ثانية الحل الذي يسد ويكمّل العجز في النظام القانوني القائم، وهذا الاكتشاف المزدوج لا يأتي فجأة وإنما نتيجة تفكير طويل وخبرة طويلة لدى القاضي الإداري وشفافية إدراكه بكل جوانب النظام القانوني القائم.

ويظل عمل القاضي خلال هذه المرحلة في كنف السرية التامة حتى يكتشف أمره عندما يصل إلى المرحلة الأخيرة والمتعلقة بإدخال هذا الحل القضائي حيز التنفيذ وإدراجه في النظام القانوني القائم، وأمثلة هذه المرحلة كثيرة أذكر منها: خلق أعمال السيادة، حيث أن القاضي الإداري قد اكتشف الخطر الذي يحيط به وهو في مهده الأول من التصدي لأعمال سياسية ومواجهة الحكومة وتبع هذا الاكتشاف إيجاد الحل القضائي القاعدي لهذه الفئة من الأعمال وجعلها بمنأى عن رقابة القضاء.

ومنها أيضا" التعويض عن الضرر المعنوي" وبالتحديد عن " الألم المعنوي *La douleur Moral*"، حيث فطن القاضي الإداري في قضية *Le tisserand* " [1] إلى

---

[1] – تتلخص وقائع القضية التي فصل فيها مجلس الدولة بتاريخ 1916/11/24؛ في أن سيارة حكومية =

عجز القانون القائم ونقصانه لعلاج هذه المسألة وضرورة وضع قاعدة قانونية قضائية لعلاج هذا العجز، وقد قنن المشرع هذا المبدأ، ومن ذلك نص المادة 182 مكرر من القانون المدني.

وأخيرا تقرر دعوى الرجوع *l'action récursoire* في المسؤولية الإدارية، حيث اكتشف القاضي في مرحلة لاحقة أن القضاء مستقر على عدم مسؤولية العاملين في الدولة وأن ذلك فيه من الإجحاف ما فيه، وتأكد من ضرورة إيجاد حل يتمثل في تقرير حق الإدارة في الرجوع على الموظف، في حين تتولى هي التعويض عن الضرر الناتج عن خطأ شخصي للموظف (1)، ليتدخل المشرع بنصوص عدة مؤكدا هذا المبدأ.

2- مرحلة التجريب: تعتبر من أدق مراحل صناعة القاعدة القانونية بواسطة القاضي الإداري، يتولى فيها القاضي إظهار نيته في إيجاد حل معين لمشكلة معينة لم يتناولها المشرع، وهنا تنكشف السرية التي اكتنفت عمل القاضي في المرحلة الأولى وتتحقق العلانية لميلاد القاعدة الجديدة والتي لم يطلق عليها بعد قاعدة " بل مجرد "حل" حيث أنها لم تصبح بعد عنصراً من عناصر النظام القانوني أو في حيز الكتلة القانونية القائمة، وهناك وسائل عديدة تستخدم في

=

اصطدمت بدراجة فقتلت راكبها وابنه الذي كان معه، فرفع والد صاحب الدراجة دعوى للمطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي المترتب عن وفاة ابنه وحفيده، واستجاب القضاء له ومنحه تعويضا، لأنه رأى في وفاة الابن والحفيد تكبد ضرر معنوي.

1 – رأفت فودة، مصادر المشروعية الإدارية، مرجع سابق، ص 106.

إنجاز هذه المرحلة وذلك من خلال المقالات التي يكتبها القضاة أنفسهم في المجلات والوثائق القانونية.

ويمكن للقاضي التلميح بميلاد القاعدة الجديدة لا في الحكم نفسه ولكن في نزاع آخر، فهدف هذه المرحلة هو إخراج الحل القضائي إلى الوجود والتعريف به، حتى يتلقى القاضي الإداري رأي المختصين في هذا الحل الذي يمكن أن يصبح قاعدة قانونية ويتأكد من سلامته، فتقديم مسلك أو حل جديد يجب أن يكون دائما مسبوقا بمرحلة لتجريبه.

ومن أبرز الأمثلة عن هذه الوسيلة الأخيرة للإعلام بالقاعدة الجديدة القضائية، ما قرّره مجلس الدولة الفرنسي في مجال مسؤولية الدولة عن القوانين، ومن المعروف أنه قرّرها بشروطها الخاصة في حكمه الشهير[1] *Société la fleurette*، ولكن حقيقة الأمر أن مجلس الدولة في قضية لافلوريت قد أعطى الصبغة الرسمية للقاعدة القانونية القضائية بتقرير المسؤولية عن القوانين، والتي سبق أن لمح بها المجلس نفسه في العديد من الأحكام تتجاوز في عددها الخمس عشرة حكما على مدار خمسة عشر سنة سابقة على حكم " لافلوريت "، كما اعتمدت الجمعية العمومية للمجلس تفسيرا واسعا للنص التشريعي المانع من المسؤولية، وذلك بقولها: " أنه وإن كانت ألفاظ النص التشريعي وحروفه تمنع

---

[1] – قرار مجلس الدولة بتاريخ 1938/01/14، والمتعلق بشركة المنتجات الحليبية la fleurette، نقلا عن: عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2007، الجزائر، ص 241.

المسؤولية عن القوانين إلّا أن روح النص وغايته لا تمانع من تقرير هذه المسؤولية، وعدم تقريرها لم يكن لصورة مطلقة.

3- مرحلة الإدماج :بعد كشف السرية وإظهار القاعدة القضائية وتناول المختصين لها بالنقد والتعليق وخصوصا من جانب الفقه، وتبادل الصيغ الأمثلة لها من خلال تعليقات الفقه ووعي القاضي بالصورة والشكل الذي يجب أن تكون عليه القاعدة المحتملة كحل قانوني عادل وكعلاج للفراغ التشريعي يتولى القاضي إدماج *incorporation* وإدخال هذه القاعدة في حيز النظام القانوني القائم، لتصبح بذلك عنصرا من عناصر المشروعية، وعلى أساسها تقاس مشروعية أعمال الإدارة صحة وبطلانا، فقبل عملية الإدماج هذه يكون للقاعدة القضائية قوة وسلطة تفرض نفسها على العاملين في الوسط القانوني، ولكن تنقصها هذه القوة التي تفرض احترامها في داخل النظام القانوني الوضعي.

ولذلك يتولى القاضي الإداري بأساليبه السرية والملتوية، وبخطى متعقل - تجنبا لأي صدام -فرض احترام هذه القاعدة ووجودها داخل النظام القانوني الوضعي، ولقد عبر الأستاذ *HAURIOU* عن ذلك بأدق تعبير فقال:

≪Comme il arrive presque toujours, pour opérer son Évolution, La jurisprudence du conseil a exécuté un mouvement tournant, c’est à dire qu’elle a Modifié ses positions sur des points éloignés, enveloppant ainsi peu à peu la position centrale≫ [1].

1 - نقلا عن: د. رأفت فودة، مصادر المشروعية الإدارية، مرجع سابق. ص 108.

وللوصول إلى هذه المرحلة النهائية يحاول القاضي الإداري التلميح بهذا الحل القانوني الجديد في أحكام في أحكام متعددة تدور حول ذات الموضوع، وبعد فترة زمنية معينة يأتي في حكم، وبصورة صريحة مباشرة ويعلن عن تبنيه للقاعدة الجديدة، ويتم نشرها والتعليق عليها لتصبح عنصرا من عناصر المشروعية الإدارية.

وخير مثال على هذه المرحلة الأخيرة، نظرية الظروف الطارئة، فلقد حاول مجلس الدولة الفرنسي التلميح بها والتعويض على أساسها في أحكام كثيرة سبقت حكمه الشهير والذي جعلها كجزء من النظام القانوني الوضعي وهو حكم *Bordeaux gaz de* (1)، فلقد تلقى رجال القانون هذا الحكم بصدر رحب ودون أدنى منازعة، وذلك لكونه ليس إلا حلقة في سلسلة من الأحكام التي سبقته وأعلنت عن قرب قدوم هذه النظرية.

ولذلك فقد كان دور القضاء الإداري دائما يزداد اتساعا، ليكون له دور إنشائي كبير في مجال القانون الإداري، ويصبح يشكل مصدراً رئيسياً من مصادر المشروعية.

ثالثا: الشريعة الإسلامية

بالرجوع إلى أغلب ما تناوله فقهاء القانون الإداري بخصوص موضوع المصادر، لا نجد سوى المصادر الثلاثة المعروفة وهي: التشريع (بجميع أنواعه) والعرف والقضاء، حتى ربما تكون اعتقاد خاطئ لدى المهتمين بفقه القانون العام

---

1 - C.E, 30 mars 1916 - Compagnie générale d’éclairage de Bordeaux - Rec. Lebon p. 125.

عموماً والقانون الإداري على وجه الخصوص مفاده؛ أن مصادر القانون الإداري لا تتعدى المصدرين الرئيسيين وهما: القضاء والتشريع، لا سيما بالنظر إلى محدودية دور العرف في الكشف عن القاعدة القانونية الإدارية.

مع أنه يمكن القول إن التعداد الوارد في نص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري[1]، والمتعلق بفروع القانون الخاص، يمكن امتداده إلى فروع القانون العام، والقانون الإداري فرع من فروعه، لا سيما وأن قواعد القانون المدني في أغلب نصوصه تُعدّ المرجع الأساس لجميع فروع القانون؛ لأنه الشريعة العامة، بل وحتى لقواعد القانون الإداري التي انفصلت عنه حديثا، وهنا يفرض السؤال نفسه: لماذا لم تدرج مبادئ الشريعة الإسلامية وتكون محل دراسة ضمن مصادر القانون الإداري، على أساس أنها مصدر قانوني صرف، مجرد من أي خلفيات وأحكام مسبقة، دراسة تعنى بها لا بوصفها مصدر ديني، ولكن بوصفها مصدر قانوني ثري اعترف به الغريب القاصي والداني، بل نهلت من معينه الزخار القوانين الأجنبية، والقاضي الجزائري الناظر في النزاع الإداري، لا يُوجَد ما يمنعه من تطبيق تلك المبادئ في حالة لم يُوجَد نص تشريعي لحل النزاع المطروح أمامه، ولكن بالنظر في قراراته وفيما اطلعت عليه منها لا يُوجَد أي تطبيق لمبادئ الشريعة الإسلامية على الصعيد الاجتهاد القضائي في المادة الإدارية بالجزائر [2]، مع أن القضاء الإداري المقارن على خلاف ذلك[1].

---

[1] – الأمر رقم 75–58، والمتعلق بالقانون المدني، مصدر سابق.

[2]– إلا ما كان بشأن قرار قضائي صادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، بناء على فتوى صادرة من المجلس الإسلامي الأعلى بتاريخ: 1989/01/17، في فقرتها الرابعة:

=

الفرع الثاني: المصادر الغير مكتوبة للمادة الإدارية.

أولا: العرف.

العرف الإداري هو مجموعة القواعد التي درجت الإدارة على إتباعها في أداء وظيفتها في مجال معين من نشاطها، وتستمر على ذلك مع شعورها بأنها ملزمة لها، وتعد مخالفتها مخالفة للمشروعية، وتؤدي إلى أبطال تصرفاتها بالطرق المقررة قانوناً.

ويأتي العرف الإداري في مرتبة أدني من مرتبة القواعد القانونية المكتوبة مما يستلزم ألا يخالف نصاً من نصوص القانون فهو مصدر تكميلي للقانون

=

- «Attendu que d’après le quatrième paragraphe d’une fatwa du Haut Conseil Islamique en date du 17janvier 1989 “s’il est établi par suite d’une attestation de musulmans ou d’une attestation officielle, qu’un local construit par des musulmans avait été utilisé comme mosquée dans laquelle avaient lieu les prières, il leur appartenait ; que celui qui se l’est approprié est considéré l’avoir spolié et offensé le sentiment- -des musulmans, qu’il sera traité comme toute personne qui aura porté atteinte à la propriété d’autrui ; qu’il est obligatoire de lui retirer ledit local en vue de sa restitution à sa vocation initiale”, Sur ce, les premiers juges avaient méconnu le droit en ce qu’ils n’avaient pas pris en considération ce moyen au motif que ce lieu fait partie des lieux du culte revenant de droit à l’appelant ».

نقلا عن أطروحة دكتوراه:

–Mokhtar BOUABDELLAH, L’expérience algérienne du CONTENTIEUX “ administratif“, Etude critique, Thèse, pour le Doctorat d’Etat en Droit, 13décembre 2005, FACULTE de droit, Université des frères MENTOURI Constantine, P.203-204.

[1] – وقرار المحكمة الإدارية بفاس، رقم: 295–17 يوليو، جليلة المرابط ضد وزير التربية الوطنية، منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 22، لسنة 1998، ص 119.

– وقرار المحكمة الإدارية بفاس، رقم: 186، بتاريخ: 2001/4/3، بين ذوي الحقوق لحسن غافر ضد وزير الداخلية، منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد43، ص 158.

يفسر ويكمل ما نقص منه ولكي يصبح سلوك الإدارة عرفاً إدارياً ومصدراً من مصادر القانون الإداري، يجب أن يتوافر فيه ركنان: ركن مادي وركن معنوي.

1. **<u>الركن المادي:</u>** ويتمثل الركن المادي باعتياد جهة الإدارة على إتباع سلوك معين في نشاط معين وقد يكون هذا الاعتياد إيجابياً يظهر في صورة القيام بعمل، كما يمكن أن يكون سلبياً في صورة الامتناع عن القيام بعمل ما، على أن يكون هذا العمل أو الامتناع بشكل ثابت ومستقر ويتكرر في الحالات المماثلة بشرط أن يمضي الزمن الكافي لاستقراره، وتقدير ما إذا كانت هذه المدة كافيه لوجود العرف من عدمه أمر مرجعه إلى القضاء.

2. **<u>الركن المعنوي:</u>** أما الركن المعنوي فهو اعتقاد الإدارة والأفراد بإلزامية القاعدة المتبعة وضرورة احترامها وعدم مخالفتها واعتبار ذلك مخالفة قانونية تتطلب الجزاء، وبهذا المعنى تكون القرارات الإدارية التي تصدر مخالفة للعرف الإداري غير مشروعة وعرضه للإلغاء إذا طعن في مشروعيتها أمام القضاء.

إلى جانب ذلك يجب أن يكون العرف الإداري عاماً تطبقه الإدارة بشكل منتظم ومستمر بلا انقطاع في جميع الحالات المماثلة وان يكون مشروعاً وغير مخالف لنص قانوني أو لائحي.

ومن الجدير بالذكر أن التزام الإدارة باحترام العرف لا يحرمها من أمكان تعديله أو تغييره نهائياً إذا اقتضت ذلك المصلحة العامة فالإدارة تملك تنظيم القاعدة التي يحكمها العرف بيد أن قيام العرف الجديد يتطلب توفر الركنين السابقين فلا يتكون بمجرد مخالفة الإدارة للعرف المطبق.

أما إذا خالفت الإدارة العرف في حالة فردية خاصة دون أن تستهدف تعديله أو تغييره بدافع المصلحة العامة فإن قرارها أو إجراءها المخالف للعرف يكون باطلاً لمخالفته مبدأ المشروعية.

ومع ذلك فأن دور العرف كمصدر رسمي للقانون الإداري أقل أهمية من المصادر الرسمية الأخرى، وذلك لصعوبة الاستدلال على القاعدة العرفية من جهة، ولأن الإدارة في الغالب تلجأ إلى اللوائح كوسيلة لتنظيم نشاطها الإداري من جهة أخرى.

ثانيا: المبادئ العامة للقانون.

تعد المبادئ العامة للقانون مصدراً مهماً من مصادر القانون الإداري ويقصد بالمبادئ العامة للقانون تلك المبادئ التي لا تستند إلى نص مكتوب، وإنما يكون مصدرها القضاء وهي تختلف عن المبادئ القانونية التي يكون مصدرها التشريع.

ولقد عرفها الدكتور عمار عوابدي بأنها: "مجموعة من القواعد القانونية ترسخت في ضمير الأمة، يتم اكتشافها بواسطة القضاء، ويعلنها هذا الأخير في أحكامه، فتكسب قوة إلزامية وتصبح بذلك مصدر من مصادر المشروعية " [1].

وفي نفس السياق يقول الدكتور طعيمة الجرف: "هنا يتجاوز القاضي الإداري دوره التقليدي باعتباره سلطة متخصصة فقط في تطبيق القانون، كما يتجاوز حكمه مهمته العادية باعتباره فصلا في خصومة معينة، ويتحول القاضي

---

[1] – د. عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، 2002، الجزائر، ص101.

الإداري من خلال الحكم الذي يصدره، مصدرا إنشائيا للمبدأ العام الذي يضعه، وللقاعدة القانونية التي يتضمنها هذا المبدأ، وبالتالي فإن حكم القاضي الإداري في هذه الحالة، سوف يتجاوز حدود مبدأ النسبية المقررة لحجية الأحكام القضائية، ليكون بمثابة القاعدة القانونية ذات القوة الإلزامية العامة، والواجبة التطبيق مستقبلا في الحالات المشابهة[1].

فهذه النظرية التي يرجع الفضل في إنشائها لمجلس الدولة الفرنسي، أصبحت مصدرا هاما ومستقلا من مصادر المشروعية، مصدرا مستقلا عن التشريع، بل ويتعداه في بعض الأحوال [2].

وتستمد أغلب هذه المبادئ من الطبيعة المتميزة للحياة الإدارية، كمبدأ دوام استمرار سير المرافق العامة بانتظام واطراد، والمساواة بين المنتفعين بخدمات المرافق العامة، ونظرية الظروف الاستثنائية، أو تستمد في فكرة العدل والمنطق والتي بمقتضاها مارس القضاء الإداري رقابته على الوجود المادي للوقائع وصحة التكييف القانوني لها وضرورة التناسب بين جسامة الذنب الإداري والعقوبة المقررة لها.

والقضاء الإداري بهذا المعنى لا يخلق المبادئ العامة للقانون إنما يقتصر دوره على كشفها، والتحقق من وجودها في الضمير القانوني للأمة، ولذلك فمن الواجب على الإدارة والقضاء

---

1 – نقلا عن: د. رأفت فودة، مرجع سابق، ص 116.

2 - د. محمد رفعت عبد الوهاب، مرجع سابق، ص07.

احترامها والتقيد بها باعتبارها قواعد ملزمة شأنها في ذلك شأن القواعد المكتوبة.

ثالثا: قواعد القانون الطبيعي ومبادئ العدالة.

قد يكون الحل القضائي الذي يضعه القاضي الإداري من اجتهاده المطلق، لا يستند في وضعه إلى مصادر محددة، بل يعتمد في استنباطه على الأسس العامة التي يستقر عليها النظام السياسي والقانوني للدولة، أو بتعبير آخر؛ يستمده من جوهر القانون الذي هو القانون الطبيعي ومبادئ العدالة، ذلك أن المادة الأولى من القانون المدني الجزائري تعتبر قواعد القانون الطبيعي، وقواعد العدالة من مصادر القانون، لأن القانون الطبيعي هو جوهر القانون.

فالقانون الطبيعي أو العدل هو جوهر القانون الذي يستلهمه المشرع وهو بصدد وضع القاعدة القانونية، وهو كذلك جوهر القانون الذي يستلهمه القاضي بصفة عامة وهو بصدد الفصل في المنازعات المعروضة عليه والتي لم يجد بصددها نصا في مصادر القانون ليطبقه عليه[1]، فالحل القضائي هنا إذن، وإن لم يجد له القاضي الإداري مصدرا رسميا محددا، فهو يرجع أساسا إلى الضمير القانوني العام للجماعة، وما يحتويه من مبادئ القانون الطبيعي والمبادئ العليا للعدالة، وما يقدره القاضي الإداري ملائما لتحقيق التوازن بين مصالح الجماعة والمصالح الفردية.

---

[1] – أنظر: د. مراد بدران، القرار المبدئي في المجال الإداري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد الثالث، 2009، ص 169.

الفصل الثاني
نشأة القضاء الإداري وتطوره

أن القانون الإداري كمجموعة قواعد استثنائية وغير مألوفة في قواعد القانون الخاص، وكفرع من فروع القانون العام، هو حديث النشأة.

بينما نجد أن مصطلح القانون الإداري بمعناه الواسع، يحتوي على محاور جزئية تعتبر قديمة في ظهورها، فنظرية التنظيم الإداري مثلا؛ وهي من المحاور المهمة في القانون الإداري، نظرية وجدت في الدولة الرومانية واليونانية والإسلامية وغيرها من الدول، وعلى مدى الحضارات والأجيال المتعاقبة.

ولذلك يذهب البعض إلى القول بأنّ القانون الإداري كان ملازما للدولة الإسلامية منذ وجودها، فكل مجتمع متحضر أيا كان نوعه يوجد به قانون إداري بمعناه الواسع، والذي يتناول مجموعة موضوعات منها؛ نظرية التنظيم الإداري، ونظرية المال العام، وسلطات الإدارة خاصة سلطة الضبط [1].

فالمجتمعات القديمة إذن عرفت القانون الإداري بمعناه الواسع جوهرا وتطبيقا وممارسة، ولم تعرفه شكلا وتسمية فقط كما يقول البعض، ولكن القانون الإداري بالمفهوم الفني الضيق فلم يبرز حقيقة للوجود إلا في فرنسا، ولما كان الحال كذلك؛ وأن القانون الإداري بمعناه الضيق حديث النشأة واستثنائي في قواعده، كان لا بد أن يكون له قضاء إداري إنشائي يتماشى وهذا الواقع، الأمر الذي يستدعي وجود قضاة متخصصين ذوي قدرة وكفاءة لتطبيق قواعد قانونية قليلة

1

واستثنائية وغير مألوفة في قواعد القانون الخاص على منازعات الإدارة، ومن أجل ذلك مرّ القضاء الإداري في العالم بمراحل مختلفة، بدأتها فرنسا نتيجة لظروف تاريخية وسياسية خاصة، تولّد عنها تأسيس مجلس الدولة الفرنسي بداية القرن التاسع عشر.

ووُجد الازدواج القضائي والقانوني الذي مرّ بمراحل عديدة حتى وصل إلى ما هو عليه في الوقت الحالي، ولقد كان فيه مجلس الدولة قاضي القانون العام في المنازعات الإدارية حتى صدور مرسوم عام 1953 في 30 سبتمبر والذي بمقتضاه انتقلت صفة قاضي القانون العام في المنازعات الإدارية إلى المحاكم الإدارية الموزعة على الأقاليم، وأصبح مجلس الدولة الفرنسي بمثابة قاضي الاستئناف [1].

ولقد حذت الجزائر حذو فرنسا في هذا الشأن، فاعتمدت نظام ازدواجية القضاء في دستور 1996 في نص المادة 152[2]، بعد أن اتجهت غداة الاستقلال وابتداء من 1963 إلى نظام وحدة القضاء، حيث تم بموجب الأمر رقم 63-218 المؤرخ في 1963/06/18، إنشاء المجلس الأعلى ليقوم بمهمة محكمة النقض بالنسبة للقضاء العادي، ومجلس الدولة بالنسبة للمنازعات الإدارية.

وتطبيقا لنص المادة 153 من دستور 1996، فقد تمّ إنشاء مجلس الدولة

---

1 – د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري – مبدأ المشروعية – تنظيم مجلس الدولة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006، ص375.

2 – نص المادة 152 من الدستور الجزائري لسنة 1996 تنص على: "…. يؤسس مجلس الدولة كهيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية…" .

الجزائري بموجب القانون العضوي رقم 98 -01[1]، والمتعلق باختصاصات مجلس الدولة وعمله المعدل والمتمم، ثم القانون رقم 98-02[2]، والمتعلق بالمحاكم الإدارية، والمرسوم التنفيذي رقم 98-356[3] المحدد لكيفيات تطبيق القانون رقم 98-02 المتعلق بالمحاكم الإدارية، المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 11-195[4]، ثم القانون العضوي 98-03[5]، والمتعلق بمحكمة التنازع.

وبناء عليه سيتناول المبحث الأول؛ نشأة القضاء الإداري في كل من فرنسا والجزائر والمراحل التي مرّ بها في تطوره، ليتناول المبحث الثاني؛ الجهات المخولة بالاجتهاد القضائي.

---

[1] – القانون العضوي 98-01، مصدر سابق.

[2] – القانون 98-02، مصدر سابق.

[3] – المرسوم التنفيذي رقم 98-356، المؤرخ في 24 رجب 1419 الموافق 14 نوفمبر 1998، يحدد كيفيات تطبيق أحكام القانون رقم 98-02، والمتعلق بالمحاكم الإدارية، الجريدة الرسمية العدد رقم 85، لسنة1998.

[4] – المرسوم التنفيذي رقم 11-195، المؤرخ في 19 جمادى الثانية 1432 الموافق 22 مايو 2011، المعدل للمرسوم التنفيذي 98-356، والمحدد لكيفيات تطبيق القانون رقم 98-02، والمتعلق بالمحاكم الإدارية، الجريدة الرسمية العدد رقم 29، لعام 2011.

[5] – القانون العضوي 98-03، مصدر سابق.

المبحث الأول: نشأة القضاء الإداري وتطوره في كل من فرنسا والجزائر

يعتبر القضاء الإداري قديما في وجوده، حديثا في نظامه القانوني، ويعتبر أغلب الفقه فرنسا مهدا للقضاء الإداري المتعلق بتطبيق القانون الإداري باعتباره قواعد استثنائية وغير مألوفة في قواعد القانون الإداري، حيث يمثل تطورا حديثا لنظام مجلس الملك الذي كان سائدا في فرنسا قبل الثورة، ويذهب البعض إلى اعتباره صورة من صور قضاء المظالم المعروف في الحضارة الإسلامية، فكان نظاما يشكل نموذجا فريدا وملبيا لمقتضيات وظيفة الدولة، حيث يفرض رقابته على عمال الدولة باختلاف مناصبهم.

وهو ما يبين فضل السبق للدولة الإسلامية في تقرير نظام القضاء المزدوج وفرض الرقابة القضائية على أعمال السلطة الإدارية، ولعل فرنسا قد تأثرت به، كما تأثرت بقواعد الفقه الإسلامي في القانون الخاص، وإن كان يصعب تكييف وإسقاط ولاية المظالم على إسقاطا دقيقا على المصطلحات والمفاهيم المستخدمة حاليا [1].

وغالب الفقه يذهب إلى أن السبب الحقيقي في ظهور القضاء الإداري يرجع إلى عوامل تاريخية، يأتي في مقدمتها الأفكار والمبادئ التي جاءت بها الثورة الفرنسية عام 1789، والتي جعلت مبدأ الفصل الجامد بين السلطات أساسا

---

1 – د. نواف سالم كنعان، الوجيز في القانون الإداري الأردني، الكتاب الثاني، دار الأفاق المشرقة، 2011، الأردن، ص 289.

لقيامها، خاصة وأن فرنسا قبل الثورة كانت لها تجربة سيئة في علاقة القضاء بالإدارة، الأمر الذي ترتب عنه تشويه صورة القضاء في تلك الفترة، مما دفع الفلاسفة ورجال الفكر والفقهاء إلى دق ناقوس الخطر، فطالبوا الشعب بالدفاع عن حقوقهم، مما أدى إلى انفجار الثورة الفرنسية التي تضمنت من بين مقتضياتها منع المحاكم القضائية القائمة آنذاك من الفصل في المنازعات الإدارية، للحفاظ على استقلال الإدارة تجاه السلطة القضائية.

وفي الجزائر مرّ القضاء الإداري بمراحل مختلفة، بداية في بالفتح الإسلامي وتطبيق ولاية المظالم، والتي يمثل القضاء الإداري صورة من صور مجالاتها أو اختصاصاتها، مرورا بالفترة الاستدمارية الفرنسية التي ظهرت خلالها مجموعة من المجالس، وصولا إلى فترة الاستقلال والتحرر وما كان بعدها من تطور في النظام القضائي الجزائري، بتطبيق نوعين من الأنظمة؛ نظام الوحدة القضائية أولا، ثم نظام الازدواجية بعد دستور 1996.

وانطلاقا مما سبق سيتناول المطلب الأول نشأة القضاء الإداري الفرنسي وتكوينه، ثم نشأة القضاء الإداري في الجزائر وتطوره في مطلب ثاني.

المطلب الأول: نشأة القضاء الإداري الفرنسي وتكوينه

قبل الثورة الفرنسية عرفت فرنسا نظاما يرتكز أساسا على مبدأ " أن العدالة مصدرها الملك " حيث كان الملك يعتبر القاضي الأعلى في المنازعات الإدارية، وبمجيء الثورة الفرنسية تبنى رجال الثورة مبدأ الفصل المطلق للسلطات والذي يقوم وفق تفسيرهم على عدم تعرض السلطة القضائية لأعمال وتصرفات الإدارة، ونتيجة لهذا التفسير لم تجد المنازعات الإدارية قاضيها الطبيعي، وحل محله الإدارة القاضية حتى صدور دستور السنة الثامنة للثورة، والذي عمل على قيام هيئات إدارية استشارية كان من ضمنها مجلس الدولة الذي مرّ منذ نشأته بمراحل عديد، فقد اعتبر في البداية مجرد جهة استشارية تساعد الحكومة سواء في إعداد وصياغة التشريع أو في إبداء الآراء في مشاريع القوانين أو في إصدار الأحكام في المنازعات الإدارية التي كان يتعين عليه تقديمها لرئيس الدولة من أجل التصديق عليها، إلى أن انتقل إلى مرحلة القضاء المحجوز لتتلوها مرحلة القضاء المفوض إلى أن وصل في الأخير إلى مرحلة القاضي العام للمنازعات الإدارية، وذلك عندما اكتسب ثقة الإدارة والأفراد على حد سواء، بأن استطاع تحقيق الموازنة بين الإدارة صاحبة امتيازات السلطة العامة وحقوق الأفراد من جهة أخرى. فسنتابع هذه النشأة والتطور الذي شهده مجلس الدولة في (فرع أول) ثم التطرق لتنظيم مجلس الدولة الفرنسي وتكوينه في (فرع ثاني).

الفرع الأول: تأسيس مجلس الدولة وتطور اختصاصاته في فرنسا

إن الحديث عن نشأة القضاء الإداري في فرنسا يبدأ بمرحلة ما قبل الثورة الفرنسية حيث كان السائد في تلك الفترة النظام القضائي الموحد، والذي يقوم على أساس قاعدة مفادها أن الملك مصدر العدالة ويتولى الفصل في المنازعات سواء كانت إدارية أو خاصة، في محاكم كان يطلق عليها اسم " البرلمانات" وتخضع لرقابة مجلس الملك والذي كان له حق أن يسحب أي منازعة للنظر فيها بنفسه أو بواسطة قضاة يعينهم لهذا الأمر، وكان هؤلاء القضاة من طبقة اجتماعية خاصة، يتقاضون هدايا ومصاريف الدعوى من أطراف الخصومة، فكان لهم بذلك فوائد كبيرة، الأمر الذي أدى إلى معارضة أعضاء منهم لعملية إصلاحية كانت تهدف إلى تحديد اختصاصاتهم، ونزع ولاية بعض المنازعات منهم، فكانت ردة فعل هذه البرلمانات بأن رفضت إجراءات التسجيل للقوانين الملكية، الأمر الذي أدى إلى عدم رضوخ الملك لموقفها وإرادتها وقام بإجراءات مضادة لإتمام تلك القوانين والإجراءات، كأن حاول النظام الحاكم آنذاك إيجاد بعض الجهات القضائية المتخصصة مثل : محكمة المحاسبة المنشئة عام 1309 ومحكمة المعونات لعام 1413، والتي أخضعت أيضا لمجلس الملك الذي كان يعد كافلا لنظام قضائي وقانوني موحد(1).

فكانت هذه البرلمانات إلى حد ما قد شوهت صورة القضاء الفرنسي في تلك المرحلة من تاريخ فرنسا، فمواقفها المتعسفة ولّدت شعورا بالعداء بينها وبين رجال الإدارة والشعب الفرنسي، إلى أن قامت الثورة الفرنسية وكان من أهدافها

---

1 – د. محمد شافعي أبو راس، القضاء الإداري، مطبوعات مكتبة النصر، مصر، 1981، ص100.

القضاء على ما اقترفته تلك البرلمانات من المساوئ بالإضافة لأسباب الظلم الاجتماعي [1].

ثم كانت مرحلة ما بعد الثورة الفرنسية لسنة 1789 ، وما نتج عنها من أمور سياسية واجتماعية وما ترسخ في ذهن الشعب الفرنسي من ذكريات سيئة عن المحاكم القديمة (البرلمانات) التي كانت معّوق لعمل الإدارة وتطورها، فكانت ردة الفعل فصل تام بين السلطات بموجب مرسوم 22 سبتمبر 1789، ثم كان صدور قانون 1890 (قانون فريكتدور) من طرف الجمعية التأسيسية مؤكدا على الفصل التام بين الهيئات القضائية والإدارية، فنصت المادة 13 من هذا القانون على منع السلطات القضائية من التعرض لأقضية الإدارة، كما لا يجوز للقضاء توجيه الأوامر إلى رجال الإدارة بطريقة مباشرة أو غير مباشرة وما لذلك من إثارة الاضطراب في أعمال السلطة الإدارية[2].

وكانت هذه المرحلة تسمى بمرحلة الإدارة القاضية، الأمر الذي كان لا يتفق مع مبادئ العدالة، فالمحاكم العادية ممنوعة من النظر في منازعات الإدارة من جهة، ولم يسمح بإنشاء محاكم إدارية خاصة للفصل في المنازعات المتعلقة بالإدارة من جهة أخرى، الأمر الذي جعل بعض

---

1 - Michel Lesage ،les interventions du législatures dans le fonctionnement de la justice LGDJ, France,1960,p.26.

2 – د. عبد الحميد الرفاعي، القضاء الإداري بين الشريعة والقانون، مطبوعات دار الفكر، الطبعة العاشرة، سوريا، 1989، ص184.

فقهاء القانون العام يعتبرون هذا النظام وليدا لمبدأ الفصل بين السلطات وفق معتقد رجال الثورة الفرنسية، فيرى الفقيه ريفيرو أن هذا المبدأ له وجهان: أولهما سلبي ويتمثل في التحريم على رجال القضاء التدخل في شؤون الإدارة، وثانيهما إيجابي ويتمثل في إنشاء مجلس الدولة الفرنسي بجوار المحاكم العادية في السنة الثامنة للثورة الفرنسية، وهذا على خلاف المبدأ الذي نادى به مونتسكيو وهو الفصل بين السلطات والذي عنى به أن تستطيع كل سلطة إيقاف السلطة الأخرى ومنعها من الاستبداد وإساءة استعمال السلطة والاعتداء على اختصاصات الأخرى حماية للدولة وحقوق الأفراد وحرياتهم(1).

وبعدها جاءت مرحلة القضاء المقيد أو المحجوز، والتي بقيت فيها الإدارة مراقبة لأعمالها وتستطيع تعطيل أي حكم لمجلس الدولة بعدم المصادقة عليه. ولكن المتابع للواقع العملي والعلاقة بين مجلس الدولة والإدارة، يجد أن المجلس كسب ثقة الإدارة وكان رئيس الدولة دائما يتبع ما يقدمه له المجلس من استشارات وحلول تتعلق بالمنازعات.

فبصدور دستور السنة الثامنة في 15 ديسمبر 1799 في عهد نابليون بونابرت، ونصه في المادة 25 على إنشاء مجلس الدولة وما حصل عليه هذا المجلس من ثقة الحكومة بسبب دوره الحكيم في الموازنة بين مصالح طرفي الخصومة الإدارية، التي ما كانت لتتوازن لو لم يكن هناك حرص وتعاون بين سلطات الدولة على تحقيق مبادئ قانونية مهمة كمبدأ سيادة القانون ومبدأ

---

1 – د. محمد فؤاد مهنا، دروس في القانون الإداري، الدار المصرية للطباعة، مصر، 1956، ص33.

المساواة في تحمل الأعباء العامة ومبدأ حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد.... إلخ، فكانت أحكامه لا تخالف من طرف السلطة التنفيذية وذلك بعدالتها مع بقاء سلطة البت النهائي بيد الرئيس بتصديقه على الأحكام أو تركها.

ثم أنشئت في نفس السنة مجالس المحافظات والتي كانت تلعب دورا استشاريا بالإضافة لفحصها لبعض المنازعات الإدارية وتقديم مشروعات أحكام فيها للرئيس، وظل هذا النظام قائما حتى عام 1872في 24 ماي صدر قانون جديد يخول لمجلس الدولة سلطة البت النهائي في المنازعات الإدارية لتبدأ مرحلة جديدة عرفت بمرحلة القضاء البات أو المفوض [1].

في هذه المرحلة أصبح لمجلس الدولة سلطة قضائية حقيقية، وأصبحت أحكامه نهائية وملزمة بمجرد صدورها، ولا حاجة لإقرارها والتصديق عليها من الرئيس، وأنشئت بموجب القانون السالف الذكر محكمة مختصة بالفصل في تنازع الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري وسميت بمحكمة تنازع الاختصاص، ليصبح مجلس الدولة سلطة قضائية بأتم معنى الكلمة، لها حق إصدار أحكام نهائية وملزمة، كما لها حق إعداد مشاريع قوانين في الاختصاص القانوني للحكومة، وإمداد الإدارة بالخبرات إذا طلبت منه من ناحية أخرى[2].

---

1 – د. محمد الجبوري، القضاء الإداري – دراسة مقارنة –ن مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، الأردن،1998، ص12.

2 - د. محمد حسن خليل، القضاء الإداري اللبناني–دراسة مقارنة –، مطبوعات دار النهضة العربية، لبنان، 1982، ص172.

وبقيت هذه المسيرة للقضاء الإداري في فرنسا حتى سنة 2000 وتحديدا في 04 ماي حيث كان هناك تطور تشريعي عام في فرنسا تمثل في صدور تقنين تجميعي لجميع النصوص التشريعية واللائحية في شأن القضاء الإداري في فرنسا بكامل هيئاته وسميا بتقنين العدالة الإدارية، دخل حيز التنفيذ في 1 يناير سنة 2001[1].

والملاحظ بعد هذا التاريخ أن صفة القضاء المفوض هي السمة العامة، ولكن بدراسة القضاء الإداري الفرنسي نجده قد عرف بعض التطورات المهمة من خلال الاجتهادات القضائية الصادرة عن مجلس الدولة خاصة التي أدت إلى تقنين بعض الإصلاحات ومن أهمها إصلاحات سنة 1953 والتعديلات التي أدخلت عليها، ويمكن تقسيمها إلى ثلاث مراحل:

أولا: القضاء المفوض مع بقاء الإدارة القاضية

فمنذ قانون 24 ماي 1872 انتهت مرحلة القضاء المقيد أو المحجوز لتحل محلها مرحلة القضاء المفوض وتخويل مجلس الدولة سلطة إصدار الأحكام بصفة نهائية وملزمة لحسم المنازعات التي تكون الإدارة طرفا فيها، وليس لأي جهة أخرى سلطة التعقيب على هذه الأحكام، وبالرغم من ذلك لم يعترف لمجلس الدولة بالصفة القضائية العامة والكاملة، بل بقيت الإدارة القاضية هي صاحبة الولاية العامة في المنازعات الإدارية حيث كان يجب على خصوم الإدارة اللجوء

---

[1] – د. محمد رفعت عبد الوهاب، المحاكم الإدارية الاستئنافية في فرنسا، مطبوعات دار الجامعة الجديدة، مصر، 2012، ص116.

أولا للإدارة عند التنازع إلا في حالات استثنائية نص عليها القانون، فاعتبر مجلس الدولة كجهة استئنافية للإدارة [1].

ثانيا: القضاء المفوض مع إنهاء الإدارة القاضية

بموجب قرار مجلس الدولة الفرنسي في 13 ديسمبر 1889 في قضية كادو[2]، انتقلت الولاية العامة في المنازعات الإدارية لمجلس الدولة، وأصبح له ولأول مرة اختصاص النظر في كل الطعون بالإلغاء الموجهة ضد القرارات الإدارية إلا إذا كان هناك نص صريح يقضي بخلاف ذلك، بينما في السابق لم يكم المجلس مختصا إلا بناء على نص، فإذا لم يكن هناك نص فيعود الاختصاص للإدارة[3].

ثالثا: التطور الذي حققه مرسوم سبتمبر 1953

بموجب هذا المرسوم أصبح للمحاكم الإدارية في القضاء الإداري الفرنسي اختصاص النظر في كل المنازعات الإدارية ماعدا المنازعات التي منحتها بعض النصوص الخاصة لهيئة قضائية أو محكمة أخرى، وتحول مجلس الدولة لقاضي استئناف عموما، وقاضي أول وآخر درجة في منازعات محددة تتعلق أساسا بلوائح إدارية هامة للسلطات الإدارية المركزية [4] وفي سنة 1963 أقدم المشرع على وضع نظام جديد للمجلس يوسع من اختصاصه المحدد على سبيل

---

1 – د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول، 1976، ص38.

2 - V. C E 13 décembre 1889,…… .

3 – د. عبد القادر باينه، الرقابة على النشاط الإداري، مطبوعات مطبعة فضالة، الطبعة الأولى، المغرب، 2010، ص 33.

4 – د. محمد رفعت عبد الوهاب، المحاكم الإدارية الاستئنافية في فرنسا، مرجع سابق، ص113.

الحصر، ويعود الفضل في إقرار هذا النظام لقرار لمجلس الدولة في قضية " كنال"[1]، والذي اعتبرته الحكومة مساسا كبيرا بها وتجاوزا لاختصاصات المجلس، باعتباره التدابير التشريعية أو التنظيمية التي يتخذها رئيس الجمهورية طبقا لقانون 13 أبريل 1962 قرارات إدارية قابلة للطعن بسبب تجاوز حد السلطة[2].

الفرع الثاني: تكوين واختصاص مجلس الدولة والمحاكم الإدارية في فرنسا

*** مجلس الدولة:**

يتألف مجلس الدولة الفرنسي من عدد من الأعضاء يتم تعيينهم من قبل رئيس الجمهورية بموجب قرار رئاسي، أما بالنسبة لترشيح الأسماء فيتم من قبل مجلس الوزراء بالنسبة لنائب رئيس المجلس ورؤساء الهيئات والمستشارين كالآتي:

- **أولا: رئيس مجلس الدولة:** ووفقا للأمر المؤرخ في 31 ماي 1945 في فصله الثالث تسند رئاسة المجلس لرئيس الحكومة أو رئيس الوزراء، ثم جاء مرسوم 30 يوليو 1963 في فصله السابع عشر ليسند الرئاسة إلى الوزير الأول يمارسها نيابة عن وزير العدل، إلا أن الوزير الأول ووزير العدل لا يملكان حق المشاركة في المداولات الخاصة بالأحكام، وهذا كمظهر من مظاهر استقلال المجلس عن الحكومة في إصدار أحكامه،

[1] - v. C E 19 octobre 1962, Canal, GA 7 edt pp, cit p 519.

[2] – أنظر: أ. ده شتي صديق محمد، القضاء الإداري وتنازع اختصاصاته مع القضاء العادي، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، 2016، ص 23.

مما يجعل هذه الرئاسة رئاسة شكلية، ويبقى الرئيس الفعلي للمجلس هو نائب الرئيس[1].

- **ثانيا: نائب رئيس المجلس:** يعتبر نائب رئيس مجلس الدولة رئيسا فعليا للمجلس، ووظيفته من الوظائف العليا في الدولة [2].

- **ثالثا:** المندوبون: يوجد في الدرجة الأولى أسفل السلم داخل المجلس، وينقسمون إلى فئتين يختارون من المدرسة الوطنية للإدارة طبقا لنتائج الطالب عند تخرجه ويبقون سنتين تحت الاختبار وإذا لم يوفق في هذا الاختبار ينقل إلى وظيفة أخرى، أو قد يكونون من الدرجة الثانية يختارون بسابقة خاصة [3].

- **رابعا: النواب:** يختار ثلاثة أرباعهم النواب من داخل المجلس من بينهم مندوبون من الدرجة الأولى، ويعين الربع الأخير باختيار الحكومة من خارج المجلس شريطة أن يتوفر فيهم شرطان: بلوغ سن الثلاثين، وأقدمية 10 سنوات في الإدارة على الأقل، ومهمتهم إعداد التقارير وموضوعات البحث، ومن بينهم يتم اختيار مفوض الحكومة، ويتم تعيينهم بموجب مرسوم ولهم دور بارز في تحليل القضايا القانونية، ولقد حل المقرر العام

---

[1] - د. رفعت عبد الوهاب، المحاكم الإدارية الاستئنافية في فرنسا مع نظرة عامة على تنظيم القضاء الإداري الفرنسي، مطبوعات دار الجامعة الجديدة، مصر، 2012، ص116.

[2] – د. ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ص125.

[3] – د. مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة الفرنسي، منشورات مطابع السعدني، مصر، 2007، ص27.

محل مفوض الحكومة ابتداء من فيفري 2009 بمقتضى المرسوم المتعلق بالمقرر العام بمحاكم القضاء الإداري.

- **خامسا: رؤساء الأقسام:** ويعينون بقرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح من وزير العدل، ويتم اختيارهم من بين المستشارين في الخدمة العادية وعددهم خمسة.

- **سادسا: المستشارون في الخدمة:** وينقسمون إلى:

1- مستشارون عاديون وهم القضاة في المجلس ويعينون بقرار من مجلس الوزراء باقتراح من وزير العدل، ويكون ثلثيهم من بين النواب في المجلس عن طريق ترقيتهم، ويكون الثلث الباقي من اختيار الحكومة بشرط بلوغهم سن الخامسة والأربعين، ومهمتهم مناقشة القضايا المعروضة على المجلس واتخاذ القرارات النهائية.

2- مستشارون غير عاديين ويختارون من الأشخاص المشهود لهم بالكفاءة في مختلف مجالات النشاط لمدة أربع سنوات قابلة للتجديد، وليس مخول لهم الاشتراك في الاختصاصات القضائية للمجلس، يعينون بقرار من مجلس الوزراء باقتراح من وزير العدل [1].

- **سابعا: مفوضو الحكومة:** فعلى مستوى الهيئات القضائية للمجلس أعضاء بمجلس الدولة يتم اختيارهم من بين نواب المجلس، ولا يمثلون الحكومة بأية صورة من الصور في هذا المستوى، وإنما يمثلون القانون والعدالة ولعملهم أهمية

---

[1] - د. خالد بن خليل الظاهر، المصدر السابق، ص23.

بالغة من حيث تقديمهم المذكرات والخلاصات القانونية للقضايا قبل الفصل فيها، وهي غير ملزمة لهيئة المحكمة.

أما على مستوى الهيئات الإدارية للمجلس فهم موظفون يمثلون إداراتهم أمام المجلس في القضايا المعروضة عليهم، ولا يعدون جزء من المجلس ولهذا يجب التمييز وعدم الربط بين مفوضي الحكومة أمام القسم القضائي ومفوضي الحكومة أمام القسم الإداري للفتوى والتشريع [1].

ومن حيث التكوين الحالي لمجلس الدولة الفرنسي نجد أنه ينقسم إلى قسمين هما:

- **أولا: القسم الإداري للفتوى والتشريع:** وهو القسم المختص بإصدار الفتوى في المسائل التي تعرض عليه من جانب الجهات الإدارية ليبين لهم حكم القانون، كما يتولى إعداد وصياغة التشريعات التي تعرض عليه من طرف الحكومة بناء على المادة 38 من الدستور الخامس للجمهورية الفرنسية لسنة 1958.

ولهذا القسم أربع إدارات تتمثل في: الشؤون المالية، والأشغال العامة، والشؤون الداخلية، والشؤون الاجتماعية [2]، وأضيف قسم خامس بموجب مرسوم عام 1985 باسم: قسم الدراسات والتقارير، له مهام استشارية في علاقته مع

---

1 – د. سعد عصفور، القضاء الإداري، منشورات منشأة المعارف، مصر، دون سنة نشر، ص150.

2 – د. عبد الغني بسيوني عبد الله، المصدر السابق، ص89.

الحكومة للقيام بأبحاث ودراسات قانونية، إلى جانب السعي لدى الوزارات المختصة لكيفية تنفيذ بعض أحكام القسم القضائي بناء على طلب المحكوم له [1].

-**ثانيا: القسم القضائي:** ويتكون من رئيس ومساعدين ورؤساء الأقسام القضائية الفرعية وعدد من المستشارين العاديين والنواب ومندوبين، وينقسم إلى عشرة أقسام فرعية يقوم كل منها بالفصل في الدعاوى المعروضة عليه، وبالنسبة للدعاوى الخاصة التي من شأنها تقرير أحد المبادئ القانونية فتحال إلى الجمعية العمومية للقسم القضائي [2].

وفي الأخير نجد أن مجلس الدولة في فرنسا يكون بمثابة محكمة نقض بالنسبة للقضاء الإداري تراقب سلامة تطبيق القانون ويجوز الطعن بالنقض أمامه في الأحكام الصادرة من المحاكم الإدارية الاستئنافية، وفي أحوال أخرى يكون كمحكمة استئناف يبحث الوقائع والقانون عندما تستأنف أمامه أحكام المحاكم الإدارية المتعلقة بتقدير المشروعية والانتخابات المحلية، كما يعد في أحيان أخرى محكمة اول وآخر درجة بالنسبة لبعض المسائل وفقا لمرسوم 30 سبتمبر 1953، ومراسيم سنة 1963، والمرسوم رقم 793 لسنة 1975.

*** المحاكم الإدارية**

أنشئت المحاكم الإدارية في فرنسا بتاريخ 30 سبتمبر 1953وهي وريثة في الواقع لمجالس الأقاليم، من أجل تقديم استشارات وفتاوى إلى المحافظين كما كان

---

[1] – د. محمد رفعت عبد الوهاب، المحاكم الإدارية الاستئنافية في فرنسا، مرجع سابق، ص120.

[2] – د. ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص128–129.

لها اختصاص قضائي يتعلق بالمنازعات الخاصة بالضرائب المباشرة والأشغال العامة وبيع ممتلكات الدولة والمخالفات الخاصة بالبناء والمخالفات الخاصة بالانتخابات الإدارية المحلية.

ولكن بصدور المرسوم السالف تمتعت المحاكم الإدارية بالولاية العامة في المنازعات الإدارية في الدرجة الأولى للقضاء الإداري ولا يخرج من اختصاصها إلا الموضوعات التي حددها القانون وأوكلها إلى جهات قضائية أخرى.

ويترأس كل محكمة رئيس وله نائب أو أكثر وعدد من الأعضاء، ويعين رؤساء المحاكم الإدارية وأعضاؤها بموجب مرسوم وباقتراح من وزير الداخلية وموافقة وزير العدل، وتقبل الأحكام الصادرة من المحاكم الإدارية الطعن أمام المحاكم الإدارية الاستئنافية أو أمام مجلس الدولة حسب ما ينص عله القانون[1].

*** المحاكم الإدارية الاستئنافية:**

بالنظر للعبء الواقع على عاتق مجلس الدولة كقاضي استئناف، وتراكم القضايا عنده سواء باعتباره محكمة أول وآخر درجة أو محكمة استئناف أو محكمة النقض لبعض الهيئات المحددة بنص خاص كمحكمة المحاسبات، الأمر الذي أدى إلى التأخر في نظر القضايا وإصدار الأحكام النهائية، فتدخل المشرع بإصداره لقانون إصلاح القضاء الإداري الفرنسي بتاريخ 1987/12/31 والذي حدد

---

[1] – د. سامي جمال الدين، القضاء الإداري والرقابة على أعمال الإدارة، منشورات دار الجامعة الجديدة، دون سنة نشر، ص147.

توزيع الاختصاص الاستئنافي بين مجلس الدولة والمحاكم الإدارية الاستئنافية، ثم بعد ذلك وبناء على تعديلات تشريعية لاحقة أصبحت هذه المحاكم هي ذات الاختصاص الاستئنافي العام مع اختصاص استئنافي محدد لمجلس الدولة على سبيل الحصر، ويبقى لمجلس الدولة مراقبة أحكام هذه المحاكم بوصفه قاض نقض لأحكامها[1].

المطلب الثاني: نشأة القضاء الإداري في الجزائر وتطوّره.

مر القضاء الإداري الجزائري بعدة مراحل متباينة منـــذ الفتح الإســلامـي، الذي ظهر معه نظام جديد يسمى بولاية المظالم والذي كان مطبقا في الجزائر إلى غاية الحقبة الاستعمارية، والتي تميزت بظهور عدة مجالس نهاية إلى مرحلة الاستقلال وما بــعده، حيث امتاز النظام القضائي الجزائري بمروره بمراحل متعددة أدت إلى تنوع واختلاف هيكلته واختصاصه وإجراءاته بين مرحلة وأخرى.

فنظراً لاتساع الدولة الإسلامية، ودخول أجناس عديدة في هذه الدولة، بدأ الجانب الدنيوي يطغوا على المجتمع الإسلامي، الأمر الذي أدى ذلك تأسيس نظام لرد المظالم التي تقع من الولاة وكبار رجال الدولة في أنحاء الدولة الإسلامية الواسعة على الرعية [2].

---

[1] – د. محمد رفعت عبد الوهاب، المحاكم الإدارية الاستئنافية في فرنسا مرجع سابق، ص133.

[2] – انظـر: د. مسـعود شـيهوب، المبـادئ العامـة للمنازعـات الإداريـة، الجـزء الأول، ديـوان المطبوعـات الجامعية، 1999، ص02.

ولقد عرفت الجزائر نظام قضاء المظالم[1] وطبّقته في العهد الإسلامي إلى غاية الاحتلال الفرنسي للجزائر عام 1830، وكان حكام الجزائر ينظرون في المظالم، ومنهم الأمير عبد القادر الجزائري، وكانوا يعتقدون بأن هذه الوظيفة هي من صميم وظيفة الإمارة بعد ولاية وقيادة الجيش[2]، ولكن بعض الحكام كانوا يجلسون للنظر في المظالم بحسب أهوائهم، لا سيما في آخر عهد الخلافة العثمانية في الجزائر ، فكان المواطنون لا يقدمون على تقديم تظلماتهم للسلطات ضد الموظفين الذين اعتدوا على حقوقهم، إلا أن ولاية الأمير عبد القادر تركت صفحة نيرة في هذا المجال، حيث جلس بنفسه لرد المظالم، وكانت أحكامه نهائية لا تقبل أي طعن فيها.

وبناء على ذلك تكون الجزائر قد عرفت في هذه الحقبة التاريخية الرقابة القضائية المتمثلة في قضاء المظالم على أعمال الإدارة، حيث كان ديوان المظالم يختص بعملية النظر والفصل في المنازعات التي تكون السلطة طرفا فيها بوصفها صاحبة نفوذ إلى غاية الاحتلال الفرنسي للجزائر عام 1830.

ثم كانت بعد ذلك حقبة تاريخية ثانية تتمثل في فترة الاستدمار الفرنسي للجزائر والممتدة من 1830 إلى 1962، وما كان فيها من سعي من طرف المحتل

---

1 – عرف الإمام الماوردي ولاية المظالم بأنها: "قياد المتظالمين إلى التناصف بالرهبة، وزجر المتنازعين على التجاحد بالهيبة "، الأحكام السلطانية، الإمام الماوردي، تحقيق أحمد مبارك البغدادي، مكتبة دار ابن قتيبة، 1989، الكويت، ص 101.

2 - أنظر: د. سليمان محمد الطماوي. القضاء الإداري. الكتاب الأول. قضاء الإلغاء. دار الفكر العربي، 1986، مصر، ص 13.

نقل تشريعاته ونظمه الإدارية والقضائية إلى الجزائر بهدف القضاء على المنظومة القانونية المستمدة من الشريعة الإسلامية.

وفترة أخيرة ممتدة من تاريخ استقلال الجزائر سنة 1962، إلى يومنا هذا، ولذلك سأتطرق في هذا المطلب إلى الفترة الاحتلال الفرنسي والممتدة من 1830 إلى 1962 في فرع أول، ثم فترة ما بعد الاستقلال إلى يومنا هذا في فرع ثان.

الفرع الأول: القضاء الإداري أثناء فترة الاحتلال (ما قبل 1962)

إن الفترة التي مكث فيها الاحتلال الفرنسي في الجزائر من سنة 1830 إلى سنة 1962 عرف فيها القضاء الإداري في الجزائر تطورا من حيث العموم كالذي عرفه القضاء الإداري الفرنسي، وهذا من حيث الهياكل القضائية الدنيا، المستأنفة أحكامها أمام مجلس الدولة الفرنسي في باريس، حيث أنشئت هياكل قضائية مختصة بالمنازعات الإدارية على مرحلتين، اتسمت المرحلة الأولى بأجهزة لها دور مزدوج إداري وقضائي جعل الفقه يسميها بمرحلة "الخلط بين السلطات الإدارية والسلطات القضائية" (1) استمرت حتى سنة 1844، ومرحلة ثانية وضعت فيها أجهزة قضائية إدارية منفصلة عن الإدارة في تاريخين، الأول في 1849 والثاني في 1953.

أولا: من سنة 1831 حتى سنة 1848.

في هذه المرحلة نجد أنه من سنة 1831 إلى سنة 1834 كانت اللجنة الإدارية الملكية هي التي تعتبر الجهة القضائية المختصة في المنازعة الإدارية

---

1 - C.Bontems, les origines de la justice administrative en Algérie R.A, vol. XII, 1975, n2, p177 .

والفاصلة فيها *Le commission administrative de la régence* وذلك بموجب الأمر الملكي في 1831/12/1.

ثم تم وضع مجلس الإدارة بموجب الأمر الملكي الصادر في 1834/07/22 والذي أتبع بأمر ملكي ثان بتاريخ 1834/08/10 حدد تشكيلته واختصاصاته [1]، فتشكل هذا المجلس من ضباط سامين في الجيش الفرنسي وموظفين سامين من الإدارة، وكان يختص هذا المجلس حسب نص المادة 54 من الأمر الملكي 1834/08/10 سالف الذكر، بالفصل في الجزائر في جميع المواد المخولة للمجالس الولائية *conseil de préfecture* في فرنسا[2] وهي في الميدان المالي والجمركي وشرطة التعبد.

ثم كان بعد ذلك تأسيس مجلس المنازعات من سنة 1845 إلى سنة 1846، وفي هذه المرحلة يمكن اعتبار هذا المجلس هيئة قضائية شبه مستقلة عن الإدارة، فكان يتكون من رئيس المجلس ومستشارين وكاتب ضبط، واختص بالمواد التي كانت من اختصاص المجلس السابق، إضافة للمنازعات المتعلقة بحق الملكية والتي كان قراره فيها بمثابة سند ملكية قانونية، قابلة للاستئناف أمام مجلس الدولة في باريس[3]، وتم حلّه في سنة 1874 بتبرير أنه لا يطابق تنظيمه مع التقسيم الإقليمي الجديد والمقرر سنة 1847 والذي أوجد ثلاث مقاطعات "

---

[1] – د. خلوفي رشيد، القضاء الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، 2002، الجزائر، ص45.

[2]- Article 54: "Le conseil d'administration statue sur toutes les matières dont la connaissance est en France, dévolue aux conseils de préfecture ."

[3] – د. خلوفي رشيد، مرجع سابق، ص49.

الجزائر، قسنطينة، وهران " ويذهب البعض إلى أن السبب الحقيقي لحله هو أنه قام بمهامه القضائية بجدية وكفاءة أخرجت المنازعة القضائية الإدارية من يد الإدارة، كما حاول ضبط تجاوزات المحتل بالجزائر [1].

ثم عّوض بمجلس المديرية *Le conseil de direction* بموجب الأمر الملكي 1847/09/1 على مستوى ثلاث مقاطعات "الجزائر، قسنطينة، وهران" وتشكل من أربعة أعضاء ويرأسها موظف إداري سامي، ويختص هذا المجلس الجديد بالمواد التي كانت مخولة لمجلس المنازعات إضافة للمواد التابعة لمجلس الولايات الفرنسي، ولعبت هذه المجالس دورا في تقوية الإدارة على حساب الأفراد [2].

ثانيا: من سنة 1849 إلى سنة 1962، مرحلة تأسيس قضاء إداري مستقل.

ظهرت في هذه الفترة المجالس الولائية كهيئات قضائية إدارية، ونظمت بموجب قرار بتاريخ 1948/12/9، لتصبح المقاطعات بموجبه تسمى ولايات تدار من طرف والي، وأشار القرار إلى تأسيس مجلس ولائي في كل من ولاية الجزائر وقسنطينة ووهران، وتم تنصيبها في 1848/02/8، بينما أسست المجالس الولائية في فرنسا إبان الثورة الفرنسية، وبالنظر لطبيعة أعضاء المجلس الولائي في تلك الفترة وحتى سنة 1926[3]، يتبين أن هذا الجهاز القضائي مازال يخضع للإدارة

---

[1] - C.Bontems, les origines de la justice administrative en Algérie, op.cit, p283.

[2] – د. رشيد خلوفي، القضاء الإداري خلال الفترة الاستعمارية الفرنسية، مجلة إدارة، المجلد 9، العدد 2، 1999، ص22.

[3] – حسب القرار الصادر في 1948/12/16 يتشكل المجلس الولائي من: الوالي رئيسا للمجلس وله صوت مرجح، ومندوب الحكومة وهو الأمين العام للولاية، و3 أو أربعة أعضاء، ثم كان المرسوم المؤرخ في =

وبالتالي لن يكون له دور قضائي رقابي على السلطات الإدارية بصفة محايدة وفعّالة تتميز بالعدل.

وبالنسبة لقواعد سير هذه المجالس الولائية وما يتبع أمامها من إجراءات، فقد أشار المرسوم المؤرخ في 1889/08/31[1] إلى تطبيق قانون 1889/07/22 والمتعلق بالقواعد الإجرائية القضائية الواجب اتباعها في المنازعات الإدارية أمام المجالس الولائية في فرنسا [2].

وبالنسبة لاختصاصاتها فمنها ما هو إداري ومنها ما هو قضائي، فهي هيئات قضائية من الدرجة الأولى وذات اختصاص محدد، فقرارتها تخضع لرقابة مجلس الدولة، ولها نفس الاختصاصات المخولة للمجالس الولائية في فرنسا [3] وهي: الضرائب، الأشغال العمومية، مخالفات الطرق، النزاعات المتعلقة بالانتخابات المحلية.

ثم جاءت مرحلة إصلاحية أعيد فيها تنظيم المجالس الولائية في الجزائر بموجب المرسوم المؤرخ في 1927/09/07 حيث أعاد هذا الإصلاح تنظيم وسير المجالس الولائية، فجاء في المادة الثالثة من المرسوم سالف الذكر أن هذه

=

1907/07/22 والذي حدد أعضاء المجلس الولائي بأنهم: الوالي رئيسا، ومندوب الحكومة وهو الأمين العام للولاية وعضو مختار من بين رؤساء المرافق التابعة للولاية.

1 – والذي يعتبر من المصادر الأولى للقوانين الحالية والمتعلقة بالقواعد الإجرائية المتبعة أمام القضاء الإداري في فرنسا.

2 – د. خلوفي رشيد، القضاء الإداري تنظيم واختصاص، ديوان المطبوعات الجامعية، 2001، الجزائر، 53 وما بعدها.

3 – حسب نص المادة 13 من القرار المؤرخ في 1848/12/09 والمتعلق بتنظيم الإدارة العامة في الجزائر.

المجالس الولائية أصبحت تتشكل من رئيس ومستشارين معينون بواسطة مرسوم باقتراح من وزير الداخلية، كما أضافة المادة الرابعة منه أن مهمة محافظ الحكومة تبقى ممارسة من طرف الأمين العام للولاية أو الأمين العام المكلف بشؤون الجزائريين.

إن الدارس للنظام القانوني المتعلق بالمجالس الولائية في فرنسا يجد أنها قد حققت إلى حد ما نوعا من الاستقلالية عن الإدارة، أما بالنسبة للتنظيم القانوني المتعلق بهذه المجالس في الجزائر فإنه لم يحقق ما حققه نظيره في فرنسا، فيقول الأستاذ محيو [1]: "إن هذه النصوص القانونية حققت نوعا من التواطؤ بين الإدارة والمجالس الولائية التي كانت ناطقة باسم الإدارة".

ولقد استمرت هذه الأجهزة القضائية إلى غاية سنة 1953 تاريخ تأسيس المحاكم الإدارية، فصدر المرسوم رقم 53–954 المؤرخ في 1953/09/30 والمتعلق بإصلاح المنازعات الإدارية في فرنسا، أشارت المادة السابعة عشر إلى أنه يطبق على المحاكم الإدارية في الجزائر.

وتشكلت هذه المحاكم من رئيس وثلاثة مستشارين يقوم أحدهم بوظيفة محافظ الحكومة [2] يتم تعيينهم بواسطة مرسوم مؤشر عليه من طرف وزير العدل بعد

---

1 – د. أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ترجمة فايز الحق وبيوض إنعام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص 577–578.

2 – المادة الرابعة من المرسوم رقم 53–963 المؤرخ في 1953/09/30 والمتعلق بتشكيلة المحاكم الإدارية وقضاتها.

اقتراح من وزير الداخلية[1]، ويختار أعضاء المحاكم الإدارية من خريجي المدرسة الوطنية للإدارة بعد تربص يقومون به في قسم المنازعات لمجلس الدولة[2].

وكانت لهذه المحاكم الولاية العامة من حيث الاختصاص النوعي، إلا ما كان مخولا لمجلس الدولة [3]، ومن حيث الاختصاص الإقليمي، فقد قسمت المادة الأولى من المرسوم رقم 56-641 المؤرخ في 1956/06/28 الولايات الثلاث (الجزائر، قسنطينة، وهران) إلى اثنا عشرة ولاية[4].

وجاء بعد ذلك تقسيم الجنوب الجزائري إلى ولايات، الأمر الذي أدى إلى أن أصبحت المحاكم الإدارية الثلاث (الجزائر، قسنطينة، وهران) محاكم بين المحافظات [5].

---

1 – المادة الثانية من المرسوم رقم 53-963 المؤرخ في 1953/09/30 والمتعلق بتشكيلة المحاكم الإدارية وقضاتها.

2 – المادة الثامنة من المرسوم رقم 53-963 المؤرخ في 1953/09/30 والمتعلق بتشكيلة المحاكم الإدارية وقضاتها.

3 – نصت الفقرة 2 من المادة الثانية من المرسوم 53-974 لسنة 1953 والمتعلق بالمحاكم الإدارية، على أن مجلس الدولة لا ينظر كدرجة قضائية أولى إلا في المجالات التالية: دعاوى تجاوز السلطة ضد المراسيم التنظيمية والفردية، والدعاوى المتعلقة بالحالة الشخصية للموظفين المعينين بموجب مرسوم، والدعاوى ضد القرارات الإدارية الخارجة عن مجال الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية، والنزاعات الانتخابية الخاصة بالمجلس الوطني ومداولاته.

4 – الولايات هي: الجزائر، الأصنام (الشلف)، المدية، تيزي وزو، قسنطينة، عنابة، باتنة، وهران، تلمسان، مستغانم تيارت.

5 – وذلك بموجب المرسومان: المرسوم رقم 271-58 المؤرخ في 1958/03/17 والمتعلق بتقسيم الجنوب، والمرسوم رقم 271-58 المؤرخ في 1958/03/17 المعدل لتنظيم الولائي في الجزائر وتوزيع الاختصاص الإقليمي على المحاكم الثلاث.

الفرع الثاني: الجهات القضائية الإدارية في الفترة الممتدة من 1962 إلى غاية الآن.

بالنظر إلى طول هذه الفترة وما شهده القضاء الإداري من تطورات، انطلاقا من الأحداث السياسية والاقتصادية والاجتماعية وما خلفه المستعمر من مشاكل على جميع الأصعدة، فقد صدرت الكثير من التشريعات وتوالت الإصلاحات، الأمر الذي أدى إلى تنوع واختلاف هيكلة هذا القضاء واختصاصاته وإجراءاته، لذلك نجد أن هذه الفترة قد اتسمت بثلاث محطات أساسية تمثلت فيما يلي:

أولا: الفترة الممتدة من 1962 إلى سنة 1965 (الازدواجية الخاصة).

بعد الاستقلال واستعادة السيادة الوطنية سنة 1962، وجدت الدولة الجزائرية نفسها أمام مشكل عويص يتمثل في مخلفات للعهد الاستعماري، وكان لزاما عليها أن تختار بين أمرين؛ إما الاستمرار في تطبيق القوانين الفرنسية، أو أن تعيش فترة من الزمن في فراغ قانوني على أغلب المستويات.

ولكن بصدور القانون رقم 62–153 المؤرخ في 1962/12/31 –وهو من النصوص القانونية الأولى الصادرة بعد الاستقلال–حسم الأمر وقضى باستمرارية العمل بالنصوص السارية إلا ما كان منها يتعارض والسيادة الوطنية، أي تطبيق

القانون الفرنسي ريثما يتم التفكير في إعداد تشريع جديد يتماشى وظروف المجتمع الجزائري وفلسفة الدولة الجديدة [1].

وقبل القانون السالف الذكر صدر الأمر المؤرخ في 1962/07/10[2] والمتعلق بالصيغة التنفيذية للأحكام القضائية الجزائرية "باسم الشعب الجزائري"، الأمر الذي نجم عنه تخلي الهيئات القضائية الفرنسية وعلى رأسها مجلس الدولة ومحمة النقض عن المنازعات التي يختص بها النظام القانوني الداخلي الجزائري[3].

ومن أجل تغطية الفراغ بعد صدور القوانين السابقة صدر القانون رقم 63-218 المؤرخ في 1963/06/18 تم إنشاء المجلس الأعلى ليمارس مهمة محكمة النقض ومجلس الدولة بالنسبة للقضاء العادي والإداري كهيئة قضائية عليا، كما أبقى القانون سالف الذكر 62-153 على المحاكم الإدارية الثلاث الموجودة بالجزائر وقسنطينة ووهران، لتتولى الفصل في المنازعات الإدارية بأحكام قابلة

---

1 - المستشار. عبد العزيز نويري، النظام القانوني الجزائري خلال ربع قرن، مجلة الشرطة، العدد 41، 1989، ص18 وما بعدها.

2 - الأمر رقم 62-17 المؤرخ في 1962/07/10 والذي يتعلق بالصيغة التنفيذية التي تصدر بها الأحكام القضائية " باسم الشعب الجزائري " وهو مصدر السيادة، ج. ر بالفرنسية رقم 7، ص66.

3 - بالإضافة لبروتكول رقم 62-1020 المؤرخ في 1962/08/28 بين الجهاز التنفيذي المؤقت والحكومة الفرنسية والمتضمن: شطب القضايا القائمة أمام الهيئات القضائية الفرنسية بتاريخ 1962/08/28 إذا كانت تخص الدولة الجزائرية أو مؤسساتها العامة، الجريدة الرسمية باللغة الفرنسية رقم 14.

للاستئناف أمام مجلس الأعلى، فتحققت الازدواجية في النظام القضائي الجزائري على مستوى أدنى درجات التقاضي، والوحدة في أعلى الهرم القضائي [1].

ولعل السبب في توحيد أعلى الهرم القضائي وعدم إنشاء مجلس الدولة الجزائري؛ هو أن تأسيس مجلس للدولة يتطلب تأطيراً بشرياً خاصاً، وقضاة على مستوى من الكفاءة المهنية العالية، وهذا الأمر لم يكن متاحا لدولة خارجة من استدمار فرنسي حاول بكل الطرق محو الهوية الوطنية وتجهيل الشعب، إضافة للهجرة الجماعية للقضاة الفرنسيين، ناهيك عن أن الدولة الجزائرية أرادت أن تستكمل استقلالها السياسي باستقلال قانوني يستغنى فيه عن النظام القانوني الفرنسي، كما أن إنشاء مجلسا للدولة كان يلزمه إنشاء محكمة للتنازع وهو أيضا أمر كان متعسرا للأسباب سابقة الذكر [2].

ثانيا: الإصلاح القضائي لسنة 1965 والتوجّه نحو نظام وحدة القضاء.

إن الأمر الصادر في 10 جويلية 1965 له أثر كبير في دخول الدولة الجزائرية مرحلة التغيير الجذري على مستوى الهياكل والإجراءات، وعلى مستوى النظام القانوني والقضائي عامة.

فلم تدم المرحلة الانتقالية التي شهدها النظام القضائي في الفترة التالية للاستقلال طويلا فأصدر المشرع الأمر رقم 65-278 المؤرخ في 1965/11/16

---

1 - د. عمار بوضياف، القضاء الإداري في الجزائر، دار جسور، 2008، ص56 وما بعدها.

2 - د. أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ترجمة فايز الحق وبيوض إنعام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص 27.

والمتضمن التنظيم القضائي[1]، والذي ألغى المحاكم الإدارية الثلاث (الجزائر، قسنطينة، وهران)، وأنشئت المادة الأولى منه خمسة عشرة مجلسا قضائيا[2]، ليضع المشرع بذلك قد حدا للازدواجية في النظام القضائي الجزائري على المستوى القاعدي، وانتقلت الاختصاصات التي كانت موكلة لهذه المحاكم الإدارية الثلاث إلى الغرف الإدارية في المناطق الثلاث؛ الجزائر وقسنطينة ووهران[3]، وكانت هذه الغرف الثلاث صاحبة الولاية العامة باستثناء دعاوى تجاوز السلطة الموجهة ضد قرارات السلطات الإدارية المركزية واللامركزية[4]، والتي احتفظ بها للغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى، وقد كانت قرارات هذه الغرف الثلاث قابلة للاستئناف أمام الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى وفقا لنص المادة 277 من قانون الإجراءات المدنية[5].

ومن الجدير بالذكر أن هذا القانون الإصلاحي لسنة 1965 بالرغم من الإيجابيات الكثيرة التي يتمتع بها، وأنه قد جعل من النظام القضائي الجزائري

---

[1] – الأمر رقم 65–278، المؤرخ في 22 رجب 1385 الموافق 16 نوفمبر 1965، والمتعلق بالتنظيم القضائي، الجريدة الرسمية العدد رقم 96، لعام 1965.

[2] – وهي: الجزائر، عنابة، باتنة، قسنطينة، سطيف، ورقلة، تيزي وزو، المدية، الشلف، تيارت، سعيدة، مستغانم، وهران، تلمسان، بشار.

[3] – المادة الخامسة من الأمر رقم 65–278 المؤرخ في 1965/11/16 والمتضمن التنظيم القضائي، المصدر نفسه.

[4] – د. بوحميدة عطاء الله، الوجيز في القضاء الإداري، دار هومة، الجزائر، 2001، ص27 وما بعدها.

[5] – الأمر رقم 66–154 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 08 يونيو 1966، والمتضمن قانون الإجراءات المدنية، الجريدة الرسمية العدد رقم 47، لعام 1966.

نظاما متميزا يختلف على النظام المطبق في فرنسا، لتثبت السلطة الحاكمة أنها قد حققت نجاحا، بأن أحدثت نظاما قضائيا متميزا ينطلق من رفض الازدواجية القضائية مع التسليم بعدم خضوع المنازعة الإدارية للقانون الخاص، فيعهد لغرف إدارية موجودة داخل الجهاز القضائي العادي بالفصل في المنازعات الإدارية، إلا أن هذا الإصلاح نجد أن من نقائصه أنه لا يجسد مبدأ تقريب العدالة من المتقاضي، فجعل المتقاضي يتحمل عبء التنقل من مناطق بعيدة ليصل إلى العاصمة أو قسنطينة أو وهران لرفع الدعوى[1].

ومع ذلك نجد أن الظروف التي مرت بها البلاد في تلك الفترة والوضع المالي وجانب التأهيل والتجربة للموارد البشرية كلها كانت عوامل تشفع للمشرع حول النقائص الموجودة.

ثم جاء الأمر رقم 71–80 المؤرخ في 1971/12/29[2] والمتضمن تعديل قانون الإجراءات المدنية، فاعترف لثلاث مجالس قضائية وهي الجزائر وقسنطينة ووهران عن طريق غرفها الإدارية بالفصل ابتدائيا بحكم قابل للاستئناف أمام المجلس الأعلى في كل منازعات الأشخاص العامة[3].

---

1 – د. عمار بوضياف، القضاء الإداري في الجزائر، مرجع سابق، ص 70.

2 – الأمر رقم 71–80، المؤرخ في 11ذي القعدة 1391 الموافق 29 ديسمبر 1971، المعدل والمتمم للأمر رقم 66–154، المؤرخ في 08 يونيو 1966، والمتعلق بقانون الإجراءات المدنية، الجريدة الرسمية العدد رقم 02، لعام 1971.

3 – فامتد اختصاص الغرفة الإدارية للعاصمة ليشمل مجلس الأصنام، وتيزي وزو والمدية، وامتد اختصاص الغرفة الإدارية لمجلس قسنطينة ليشمل مجلس عنابة وباتنة وورقلة وسطيف، وامتد اختصاص الغرفة الإدارية لمجلس وهران ليشمل مجلس بشار ومستغانم وسعيدة وتيارت وتلمسان.

ومن أجل تقريب العدالة من المتقاضين، تدخل المشرع من أجل تعديل المادة السابعة من قانون الإجراءات المدنية وذلك بموجب القانون رقم 86-01 المؤرخ في 1986/01/28 ليجعل المجالس القضائية تختص بالفصل ابتدائيا بحكم قابل للاستئناف أمام المجلس الأعلى في كل منازعات الأشخاص العامة[1]، على أن تحدد قائمة المجالس القضائية واختصاصها بموجب نص تنظيمي.

وكذلك كان الأمر بصدور المرسوم رقم 86-107 المؤرخ في 1986/04/29 ليجعل عدد الغرف الإدارية عشرون غرفة، منها غرف حدد اختصاصها الإقليمي أحيانا بولاية واحدة، وأحيانا أخرى بولايتين في مناطق محددة[2]، الأمر الذي جعل هذا الإصلاح يقرب العدالة من المتقاضين نوعا ما. وظل الحال كذلك إلى أن تمت المصادقة على التعديل الدستوري للثالث والعشرين من فيفري 1989[3]

---

1 - تنص المادة السابعة المعدلة بموجب القانون رقم 86-01 على ما يلي: "تختص المجالس القضائية بالفصل ابتدائيا بحكم قابل للاستئناف أمام المجلس الأعلى في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولايات أو البلديات أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري طرفا فيها ".

2 - الغرف الإدارية التي حدد اختصاصها بولاية واحدة وهي تسعة: مجلس قضاء الجزائر، وقسنطينة ووهران وسيدي بلعباس وتيارت وبجاية وجيجل وسكيكدة وتلمسان.

- وغرف إدارية حدد اختصاصها الإقليمي بولايتين وهي: تيزي وزو وألحقت بها ولاية البويرة، وولاية مستغانم وألحقت بها ولاية الشلف، وولاية البليدة وألحقت بها ولاية المدية، وولاية عنابة وألحقت بها ولاية قالمة، وولاية أم البواقي وألحقت بها ولاية تبسة، وولاية سطيف وألحقت بها ولاية المسيلة، وولاية باتنة وألحقت بها ولاية بسكرة، وولاية ورقلة وألحقت بها ولاية تامنراست، وولاية بشار وألحقت بها ولاية أدرار ، وولاية سعيدة وألحقت بها ولاية معسكر ، وولاية الأغواط وألحقت بها ولاية الجلفة.

3 - المرسوم الرئاسي رقم 89-18 المؤرخ في 1989/02/28 والمتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 1989/02/23، الجريدة الرسمية، 1989، العدد رقم 16.

وما أحدثه من مبادئ جديدة كان أهمها؛ التعددية الحزبية والاستغناء عن النهج الاشتراكي كأيديولوجية، واعتماد حق الإضراب في القطاع العام.

هذا الأمر أدي إلى صدور مجموعة من القوانين[1] كان منها الإصلاح القضائي لسنة 1990 بموجب القانون رقم 90-23 المؤرخ في 1990/08/18 المعدل والمتمم للأمر رقم 66-154 المؤرخ في 1966/8/8 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية، لتذهب إرادة المشرع مرة أخرى لتعديل المادة السابعة فنصت على ما يلي: "تختص المجالس القضائية بالفصل ابتدائيا بحكم قابل للاستئناف أمام المحكمة العليا، في جميع القضايا أيا كانت طبيعتها التي تكون الدولة أو الولايات أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها وذلك حسب قواعد الاختصاص التالية :

1- تكون من اختصاص مجلس قضاء الجزائر ووهران وقسنطينة وبشار وورقلة التي يحدد اختصاصها عن طريق التنظيم: الطعون بالبطلان في القرارات الصادرة عن الولايات والطعون الخاصة بتفسير هذه القرارات والطعون الخاصة بمدى شرعيتها.

---

1 - كتعديل قانون الانتخابات بموجب القانون رقم 89-13 المؤرخ في 1989/8/7، الجريدة الرسمية، 1989، العدد رقم 32، وقانون الأحزاب بموجب الأمر رقم 97-09 المؤرخ في 1997/3/6، الجريدة الرسمية،1997، العدد رقم12، وقانون الولاية رقم 90-09 المؤرخ في 1990/4/7، الجريدة الرسمية، 1990، العدد رقم 15، وقانون البلدية رقم 90-08 المؤرخ في 1990/4/7، الجريدة الرسمية، 1990، العدد رقم 15، وقانون حماية المستهلك رقم 89-02 المؤرخ في 1989/2/7، الجريدة الرسمية، 1989، العدد رقم 06، وغيرهم.

2- تكون من اختصاص المجالس القضائية التي تحدد قائمتها وكذا اختصاصها الإقليمي عن طريق التنظيم: الطعون بالبطلان في القرارات الصادرة عن رؤساء المجالس الشعبية البلدية وعن المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية، والطعون الخاصة بتفسير هذه القرارات والطعون الخاصة بمدى شرعيتها والمنازعات المتعلقة بالمسؤولية المدنية للدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية والرامية لطلب التعويض"(1).

فجاء التنظيم مصدقا لأمر المشرع وذلك بموجب المرسوم رقم 90-407 المؤرخ في 1990/12/22 ليحدد الاختصاص الإقليمي على النحو التالي (2) :

- الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الجزائر العاصمة امتد اختصاصها ليشمل ولايات الوسط.
- الغرفة الإدارية لمجلس قضاء وهران امتد اختصاصها ليشمل ولايات الغرب.
- الغرفة الإدارية لمجلس قضاء قسنطينة امتد اختصاصها ليشمل ولايات الشرق.

1 - القانون رقم 90-23، المؤرخ في 27 محرم 1411 الموافق 18 أوت 1990، المعدل والمتمم للأمر رقم 66-154، المؤرخ في 08 يونيو 1966، والمتضمن قانون الإجراءات المدنية، الجريدة الرسمية رقم 36، لعام 1990.

2 - انظر، المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 90-407، المؤرخ في 05 جمادى الثانية 1411 الموافق 1990/12/22، والمتعلق بتحديد قائمة المجالس القضائية واختصاصها الإقليمي، الجريدة الرسمية العدد رقم 56، لعام 1990.

- الغرفة الإدارية لمجلس قضاء بشار امتد اختصاصها ليشمل ولايات الجنوب الغربي.
- الغرفة الإدارية لمجلس قضاء ورقلة امتد اختصاصها ليشمل ولايات الجنوب الشرقي.

فجاء هذا الإصلاح ليقرب القضاء من المتقاضين أكثر ويخفف العبء على رافع دعوى الإلغاء، ليوسّع من نطاق الغرف الإدارية لتصبح 31 غرفة على مستوى 31 مجلسا قضائيا، كما كان هناك تغيير على مستوى الاختصاص النوعي؛ وهو لامركزية دعوى الإلغاء بعدما كانت ممركزة، فدعوى الإلغاء والتفسير وتقدير مشروعية القرارات الإدارية الصادرة على المستوى المحلي، وقرارات المؤسسات العامة ذات الطابع الإداري كان ينظر فيها أمام الغرفة الإدارية على مستوى المحكمة العليا[1] نقل اختصاصها إلى الغرف الإدارية الجهوية لكل من الجزائر وقسنطينة ووهران وبشار وورقلة، فوزع الإصلاح الجديد الاختصاص بين المجالس الجهوية والمحلية من جهة، وبين المجالس الجهوية والغرفة الإدارية بالمحكمة العليا من جهة أخرى[2].

فتولّت الغرف الجهوية الخمس النظر في:

---

[1] – القانون رقم 89–22 المؤرخ في 1986/12/12 والمتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها، الجريدة الرسمية، 1989، العدد رقم 53.

[2] – د. عمار بوضياف، مرجع سابق، ص78.79.

- الطعون بالبطلان في القرارات الصادرة عن الولايات، والطعون الخاصة بتفسير تلك القرارات والطعون الخاصة بمدى مشروعيتها.

وتولت الغرف الإدارية المحلية على مستوى المجالس النظر في:

- الطعون بالبطلان في القرارات الصادرة عن رؤساء المجالس الشعبية وعن المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية، والطعون الخاصة بتفسير تلك القرارات، والطعون الخاصة بمدى مشروعيتها.
- المنازعات المتعلقة بالمسؤولية المدنية للدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية والرامية لطلب التعويض.

وتولت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا النظر في: الطعون بالبطلان في القرارات التنظيمية أو القرارات الفردية الصادرة عن السلطة الإدارية المركزية، والطعون الخاصة بتفسير تلك القرارات، والطعون الخاصة بمدى مشروعية الإجراءات التي تكون من اختصاص المحكمة العليا[1].

وأذهب إلى تأييد ما ذكره بعض المختصين[2] من أنه كان من الأفضل لو أن المشرع جعل الولاية العامة في المادة الإدارية للغرف الإدارية المحلية لتكون

---

1 – المستشارة سعاد مانع، المنازعات الإدارية، مجلة القسطاس، مجلس قضاء تبسة، 1998، العدد رقم 1، ص 33،34.

2 – د. مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ج2، ص190.

=

بمثابة محكمة إدارية ابتدائية تفصل في كل المنازعات التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسات العامة ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها، ويستثني بعض المنازعات كالطعن في المراسيم وقرارات السلطة المركزية.

ويجعل الغرف الجهوية الخمس كمحاكم استئناف للقرارات الصادرة من تلك الغرف الإدارية المحلية، تجسيدا لمبدأ التقاضي على درجتين في المادة الإدارية تحقيقا للعدالة والتأكد من التطبيق السليم والصحيح للقانون، بالإضافة لضمان حقوق الدفاع الذي هو حق من حقوق الإنسان[1].

وفي نهاية هذه الفترة يمكن القول عن النظام القضائي الجزائري أنه قد بقي موحدا هيكليا، ولكنه أبقى على الازدواجية من حيث العمل، الأمر الذي جعل الفقه[2] يختلف في تكييفه، ولكن المتفحص والمدقق لهذه الآراء يجد أنها

=

– د. عمار بوضياف، القضاء الإداري في الجزائر، مرجع سابق، ص 79، – د. رياض عيسى، محاضرة في ملتقى قضاة الغرف الإدارية بعنوان: ملاحظات حول تعديل قانون الإجراءات المدنية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1992.

1 – د. محمد عبد الخالق عمر، قانون المرافعات، دار النهضة، القاهرة، 1978، ص93.

2 – فوصفه الدكتور عمار عوابدي بعبارة " وحدة القضاء المرن والمنطقي "، دروس في القانون الإداري، ديون المطبوعات الجامعية، 2000، ص54/ ووصفه د. أحمد محيو بعبارة "وحدة القضاء وازدواجية المنازعات "، مرجع سابق، ص67، أ. رشيد خلوفي بعبارة " وحدة القضاء والازدواجية القضائية "، مرجع سابق، ص 41/ د. عمار بوضياف بعبارة " نظام القضاء الموحد المتضمن استقلالية القضاء الإداري "، مرجع سابق، ص 66.

تصب في إناء واحد وهو أن التنظيم القضائي الجزائري في هذه الفترة هو تنظيم موحد هيكلا وبالمقابل مزدوج عملا واختصاصا[1].

ثالثا: تبني نظام ازدواجية القضاء بعد تعديل دستور 1996 إلى غاية الآن.

لقد صادق الشعب على التعديل الدستوري لسنة 1996[2]، والذي خصص المواد من 138 إلى 158 للسلطة القضائية، وجاء في المادة 152 منه ما يلي: "تمثل المحكمة العليا الهيئة المقوّمة لأعمال المجالس القضائية والمحاكم.

يؤسّس مجلس الدولة كهيئة مقوّمة لأعمال الجهات القضائية الإدارية. تضمن المحكمة العليا ومجلس الدّولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد ويسهران على احترام القانون.

تؤسس محكمة تنازع تتولى الفصل في حالات تنازع الاختصاص بين المحكمة العليا ومجلس الدولة".

فبعد هذا التعديل الدستوري أصبحنا أمام هرمين قضائيين، هرم خاص بالهيئات القضائية العادية، وهرم ثاني خاص بالهيئات القضائية الإدارية، فهل تبنت الجزائر بموجب هذا التعديل نظام الازدواجية القضائية؟

وبالنظر لنص المادة 40 من القانون العضوي 98–01 المؤرخ في 1998/5/30[1]، نجد أن الإجراءات الواجب اتباعها أمام مجلس الدولة –ونفس

---

[1] – د. بوحميدة عطاء الله، الوجيز في القضاء الإداري، مرجع سابق، ص31.32.

[2] – المرسوم الرئاسي رقم 96–438 المؤرخ في 1996/11/28 والمتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، الجريدة الرسمية 1996، العدد رقم 76.

الشيء أمام المحاكم الإدارية [2] – تخضع لأحكام قانون الإجراءات المدنية، مما يعني عدم وجود قانون إجرائي خاص بالمنازعة الإدارية.

وأيضا نص المادة الثانية من القانون العضوي 98–01 والتي تنص على أن مجلس الدولة يتبع السلطة القضائية، مما يعني أنه لم يكن موافقا في ذلك لنظام وحدة القضاء وتفسيره الخاص لمبدأ الفصل بين السلطات [3]، ولا لنظام ازدواجية القضاء وتفسيره أيضا الخاص لمبدأ الفصل بين السلطات[4] والاعتبارات القانونية الأخرى.

ونصت المادة العشرون من القانون العضوي 98–01 والمادة الثالثة من القانون 98–02[5] على أن قضاة الهيئات القضائية الإدارية يخضعون للقانون

=

1 – القانون العضوي 98–01 المؤرخ في 1998/05/30 والمتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، الجريدة الرسمية، 1998، العدد رقم 37.

2 – المادة الثانية من القانون العضوي 98–02 المؤرخ في 1998/5/30 والمتعلق بالمحاكم الإدارية، الجريدة الرسمية، 1998، العدد رقم 37، لعام 1998.

3 – والذي فسره رجال الفكر عند الإنجليز في الخمسينيات من القرن الماضي باستقلال السلطات الثلاث في أداء مهامها استقلال عضويا وظيفيا، الأمر الذي يستلزم أن الوظيفة القضائية تمارس من طرف السلطة القضائية وحدها دون تدخل من السلطات الأخرى؛ أي وجود هرم قضائي واحد ينظر في جميع النزاعات وحده، بغض النظر عن أطرافها أفرادً كانوا أم إدارة.

4 – والذي فسره رجال الثورة الفرنسية ارتكازا على أعمال مونتسكيو الذي ركّز على أن سلطة الفصل في النزاع بين الأفراد تعود للقضاء العادي، والنزاع الإداري يدخل ضمن نشاط الإدارة، هذا الأمر يستلزم أن تدخل القضاء العادي في نشاط الإدارة يعتبر مساس بمبدأ الفصل بين السلطات.

5 – القانون العضوي 98–02 المؤرخ في 1998/05/30 والمتعلق بالمحاكم الإدارية، مصدر سابق.

الأساسي للقضاة، مما يعني وجود سلك واحد للقضاة يتوزعون على القضاء العادي والقضاء الإداري.

وبعد هذه الملاحظات السالفة الذكر يذهب الأستاذ خلوفي رشيد إلى القول بأن النظام القضائي الجزائري بعد 1996 لازال يتميز عن نظام الازدواجية القضائية كما كان متميزا قبل 1996 عن نظام وحدة القضاء [1].

وبالرغم مما ذكره الأستاذ رشيد خلوفي إلا أن تبني المشرع لنظام ازدواجية القضاء صريح وواضح وإنشاء هياكله من مجلس الدولة والمحاكم إدارية ومحكمة للتنازع [2] يندرج في سياسة عامة للدولة مواكبة لتطور المجتمع وسدا لثغرات ونقائص المراحل السابقة، وما يلاحظ بعد هذا التبني للازدواجية من انتقادات يدخل ضمن النقائص التي قد يغفل عنها المشرع، وبالتدرج في الإصلاحات يمكن أن تكتمل النقائص وتصحح بتظافر الجهود بين الفقه والقضاء والتشريع.

ولا شك أن وراء تبني هذا النظام أسباب كثيرة موضوعية دفعت السلطة إلى هجر نظام الوحدة واعتماد النظام الجديد، وأن الشكل الذي كان سائدا في ظل النظام القضائي الموحد نتج عنه وبحسب التصريحات الرسمية[3] الكثير من

---

1 – رشيد خلوفي، مرجع سابق، ص 128.

2 – القانون العضوي رقم 98-03 المؤرخ في 1998/6/3 والمتعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها، الجريدة الرسمية، 1998، العدد رقم 37.

3 – ولقد أفصح السيد وزير العدل أمام مجلس الأمة في جلسة 1998/3/21 عن بعض هذه الأسباب، انظر: الجريدة الرسمية لمداولات مجلس الأمة، السنة الأولى، الدورة العادية الأولى، ص07.

العقبات من الناحية الإجرائية والقانونية[1]، ومن هذه الأسباب تزايد المنازعات الإدارية وعدم قدرة القاضي العادي على التحكم في المنازعات الإدارية والتي تتميز عن سائر الخصومات المدنية والشخصية والتجارية والعمالية والبحرية، وأيضا قلة الموارد البشرية المتخصصة وما تعنيه مسألة التخصص في عصرنا الحديث من أهمية، خاصة وأننا في زمن الدقة والتخصص فمن اهتم بخلية واحدة من العلم والمعرفة زاد تمكنه فيها وتمرسه عليها وكان اجتهاده دقيقا وصائبا فيها[2].

المبحث الثاني: الجهات المخولة بالاجتهاد القضائي

تنقسم النصوص التشريعية إلى قوانين عضوية وأخرى عادية وفق الدستور الجزائري لسنة 1996، حيث أشارت المادة 123 منه؛ أن البرلمان يشرع بقوانين عضوية في مجموعة من المجالات منها؛ المجال المتعلق بالتنظيم القضائي [3].

وتبنت البلاد بموجب هذا الدستور خيار ازدواجية القضاء، حيث تتولى الوظيفة القضائية جهتان قضائيتان؛ إحداهما جهة القضاء العادي وتختص بالفصل في المنازعات العادية؛ أي المنازعات التي تنشأ بين الأفراد بعضهم والبعض الأخر، أو بين الأفراد والإدارة عندما تكون الإدارة تحاكي في تصرفاتها

---

1 – أنظر: زغداوي محمد، ملاحظات حول النظام القضائي المستحدث، مجلة العلوم الإسلامية، جامعة قسنطينة، العدد 10، 1998، ص 116.

2 – د. عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 82.

3 – المرسوم الرئاسي رقم 96–438 المؤرخ في 1996/11/28 والمتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، مصدر سابق.

تصرفات الأفراد، والثانية جهة القضاء الإداري وتختص بالفصل في المنازعات ذات الطبيعة الإدارية؛ أي تلك التي تقوم بين الأفراد والإدارة بوصفها سلطة عامة، أو التي ينص القانون على اختصاصها بها.

وبناء على ما سبق فإن النظام القضائي الجزائري يتكون من جهتين قضائيتين، الأولى جهة القضاء العادي وتشمل المحاكم وهي قاعدة التنظيم القضائي العادي وأول درجة من درجات التقاضي [1]، ثم المجالس القضائية كدرجة ثانية، ثم على رأس هرم القضاء العادي المحكمة العليا؛ وهي الهيئة المقومة لأعمال المجالس القضائية والمحاكم [2]، وضامنة لتوحيد الاجتهاد القضائي، والثانية جهة القضاء الإداري وتشمل المحاكم الإدارية، ثم على رأس هرم القضاء الإداري مجلس الدولة وهو الهيئة المقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية [3].

وبناء على ما ذكر فإن الحديث في هذا المبحث يتعلق بالجهات القضائية الإدارية، والمخولة بالاجتهاد في حل الخصومات التي تعرض على القضاء الإداري، فقسمت هذا المبحث إلى ثلاث مطالب على النحو التالي:

- المطلب الأول: مجلس الدولة الجزائري رأس هرم القضاء الإداري.
- المطلب الثاني: المحاكم الإدارية قاعدة القضاء الإداري.

---

[1] – المادة 152 من المرسوم الرئاسي 96–438 المؤرخ في 26 رجب عام 1417 الموافق 07 ديسمبر 1996 والمتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصدر نفسه.

[2] – المادة 152 من المرسوم الرئاسي 96–438 لسنة 1996، المصدر نفسه.

[3] – المادة 2/152، من المرسوم الرئاسي 96–438 لسنة 1996، مصدر سابق.

- المطلب الثالث: محكمة التنازع الفاصلة في الاختصاص

المطلب الأول: مجلس الدولة الجزائري رأس هرم القضاء الإداري.

مجلس الدولة الجزائري مؤسسة دستورية استحدثها الدستور الجزائري لسنة 1996 بموجب المادة 152 منه والتي جاء فيها: "يؤسس مجلس الدولة كهيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية.

تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد ويسهران على احترام القانون"[1].

وسايرت المادة 171 من التعديل الدستوري لسنة 2016 الفكرة، مستعملة عبارة " يمثل" بدلا من عبارة "يؤسس".

ثم جاء القانون العضوي 98–01 المؤرخ في 30 ماي 1998 والمتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، لينص في مادته الثانية على أن: " مجلس الدولة هيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية وهو تابع للسلطة القضائية.

يضمن توحيد الاجتهاد القضائي الإداري في البلاد ويسهر على احترام القانون.

ويتمتع مجلس الدولة حين ممارسة اختصاصاته بالاستقلالية"[2].

---

[1] – القانون رقم 16–01، والمتضمن التعديل الدستوري، مصدر سابق.

[2] - القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 04 صفر عام 1419 الموافق 30 ماي 1998 والمتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج.ر العدد 37، لسنة 1998.

ونصت المادة الثالثة من القانون العضوي سالف الذكر على أن مقره بمدينة الجزائر العاصمة.

وبالنظر في نص المادة الثانية سالفة الذكر يتضح أن مجلس الدولة الجزائري تابع للسلطة القضائية، وهذا خلافا لمجلس الدولة الفرنسي والتابع للسلطة التنفيذية، ومرد ذلك لأسباب تاريخية خاصة بفرنسا [1].

وعليه فمجلس الدولة هيئة قضائية عليا في المادة الإدارية، مكانته على مستوى القضاء الإداري كمكانة المحكمة العليا على مستوى القضاء العادي، فيقوم بتقويم أعمال المحاكم الإدارية من خلال ما يقدم أمامه من طعون، كما يمارس مهمة توحيد الاجتهاد القضائي ويخضع قضاته للقانون الأساسي للقضاء[2].

كما يتمتع مجلس الدولة باستقلالية وهو يمارس اختصاصاته بالفصل في المنازعات الإدارية عن الإدارة؛ أي عن السلطة التنفيذية، لأن تبعيته لهذه السلطة قد يكون عائقا لتنفيذ قراراته طالما أن هذه الإدارة تمارس وصايتها على المجلس مما يمس بحقوق المتقاضين ومبادئ العدالة، بل يمس أصلا بدولة القانون.

ولقد نص الدستور على هذه الاستقلالية بموجب المادة 156 من التعديل الدستوري لسنة 2016 بقوله: "السلطة القضائية مستقلة، وتمارس في إطار القانون

---

1 – أنظر: د. نصر الدين بن طيفور، الطبيعة القانونية لمجلس الدولة وأثره على حماية الحقوق والحريات، مجلة مجلس الدولة، العدد 09، لسنة 2009ن ص 23–25/ د. عمار بوضياف، النظام القضائي الجزائري، دار ريحانة، 2004، الجزائر، ص 221.

2 – وذلك بموجب القانون العضوي 04–11 المؤرخ في 21 رجب 1425 الموافق 6 سبتمبر 2004 والمتضمن القانون الأساسي للقضاء، ج.ر العدد 57، لسنة 2004.

" وتأكيدا على هذه الاستقلالية نصت المادة 13 من القانون العضوي 98–01 على أن الاعتمادات المالية اللازمة للمجلس تسجل في الميزانية العامة للدولة؛ أي استقلالية مالية لتسيير المجلس.

فمجلس الدولة إذن مؤسسة دستورية وهيئة قضائية إدارية تترأس هرم القضاء الإداري مقومة لأحكامه، وتابع للسلطة القضائية، فكيف تمَّ تنظيمه؟ وكيف يعمل، وماهي اختصاصاته؟

ومن أجل بيان ذلك قسمت هذا المطلب إلى فرعين:

- الفرع الأول: التنظيم الإداري مجلس الدولة.
- الفرع الثاني: اختصاصات مجلس الدولة.

الفرع الأول: التنظيم الإداري لمجلس الدولة.

كما رأينا فيما مضى بأن مجلس الدولة يتمتع بالاستقلالية من الناحية المالية ومن ناحية التسيير عن السلطة التنفيذية، ويخضع لقواعد المحاسبة العمومية، الأمر الذي يستلزم توفره على وسائل مالية وعناصر بشرية وأدوات قانونية.

ويقوم على تسيير مجلس الدولة الجزائري كل من رئيس المجلس ونائبه ومكتب المجلس ومحافظ الدولة ورؤساء الغرف ورؤساء الأقسام والأمين العام للمجلس، بالإضافة لمجموعة من المصالح الملحقة به.

أولا: رئيس مجلس الدولة

لمجلس الدولة الجزائري رئيس له الإشراف العام على حسين سير المجلس، يعين من طرف رئيس الجمهورية ودون استشارة لأي هيئة، وذلك طبقا لنص المادة 92 من القانون 16-01 والمتعلق بالتعديل الدستوري [1]، وقد صدر أول مرسوم يتعلق بهذه الصفة وفي هذا المنصب في 30 ماي 1998 تحت رقم 98-187[2].

وفي فرنسا ترجع رئاسة مجلس الدولة لرئيس السلطة التنفيذية (رئيس مجلس الوزراء) [3]، وهي رئاسة قانونية بحتة، ويحل محله عند غيابه وزير العدل.

وما يلاحظ على مسألة تعيين رئيس مجلس الدولة الجزائري من طرف رئيس الجمهورية، نجد أن المؤسس الدستوري لم يحدد الشروط التي يجب توافرها في هذا التعيين، كما جعل دستور 1996[4] في مادته الثامنة والسبعون هذا التعيين في فقرة مستقلة عن تعيين القضاة من طرف رئيس الدولة، مما يجعل المحلل

---

1 - الجريدة الرسمية العدد 14، لسنة 2016.

2 - الجريدة الرسمية العدد 44، لسنة 1998.

3 - فهذه الرئاسة في الحقيقة شرفية، لأن الرئيس الحقيقي والفعلي للمجلس هو نائب الرئيس، وفي لبنان يتم تعيين رئيس مجلس شورى الدولة من داخل أعضاء المجاس مع جواز تعيينه من الخارج بموجب مرسوم يتخذ في مجلس الوزراء، وفي مصر يعين بموجب قرار من رئيس الجمهورية بعد أخذ رأي المجلس الأعلى للهيئات القضائية / أنظر: د. حسين عثمان محمد عثمان، دروس في القانون الإداري في لبنان ومصر، الدار الجامعية، بيروت، 1991، ص70.

4 - المرسوم الرئاسي 96-438، مصدر سابق.

لهذا النص يستنتج أن رئيس مجلس الدولة لا يشترط أن يكون من القضاة، فقد يكون من رجال القانون أو السياسة، كما هو الحال في فرنسا.

ولكن بالرجوع للتعديل الدستوري 16–01 لسنة 2016 وفي مادته الثانية والتسعون، نجد أنه قد نص على تعيين رئيس مجلس الدولة في فقرة مستقلة، ورئيس المحكمة العليا في فقرة مستقلة أخرى عن القضاة، ولا شك أن رئيس المحكمة العليا هو من القضاة مما يشير إلى أن رئيس مجلس الدولة هو أيضا من القضاة.

وبالرجوع أيضا لنص المادة 20 من القانون العضوي 98–01 والمتعلق باختصاصات مجلس الدولة، نجدها تحدد أن أعضاء مجلس الدولة ومن بينهم الرئيس يخضعون للقانون الأساسي للقضاء، إضافة إلى أن مجلس الدولة جزء من السلطة القضائية وهو تابع لها.

وبناء على ما تقدم يتضح أن المؤسس الدستوري منح لرئيس مجلس الدولة مركزا دستوريا متميزا، ويرجع ذلك إلى كون المجلس مؤسسة جديدة تطمح لأن يكون لها دور كبير في تكريس دولة القانون، كما لا يخفى التأثر بالمنظومة القانونية الفرنسية، ومع ذلك تبقى مسألة تعيين رئيس مجلس الدولة غير مضبوطة بشروط يجب مراعاتها عند التعيين من طرف رئيس الجمهورية.

ومن مهامه [1]:

---

[1] – المادة 22 من القانون العضوي 98–01، مصدر سابق.

- سلطة التعيين بموجب مقرر في كل مناصب الشغل العمومية والتي لم تقرر طريقة التعيين فيها في القانون العضوي 98-01.
- يحتل أعلى درجات السلم الوظيفي لأعضاء مجلس الدولة.
- يقوم بتنقيط قضاة المجلس [1].
- يمارس سلطته السلمية على الأمين العام ولا سيما في مهمته كآمر بالصرف وكذا على جميع الموظفين الإداريين.
- يترأس الجمعيتين العامتين [2]، كما يمكنه أن يترأس اللجنة الدائمة، إضافة إلى أنه يمكن لرئيس مجلس الدولة عند الضرورة أن يترأس أية غرفة [3]، ويعد جدول القضايا التي تعرض على مجلس الدولة عند انعقاده كغرفة مجتمعة.

ونصت المادة 22 من القانون العضوي 11-13([4])، على أن رئيس مجلس الدولة يتولى بهذه الصفة على الخصوص:

- تمثيل مجلس الدولة رسميا.

---

1 – المادة 52 من القانون العضوي 04-11، والمتعلق التنظيم القضائي، مصدر سابق.

2 – المادة 37 من القانون العضوي 98-01، المصدر نفسه.

3 – كما ورد في المادة 34 من القانون العضوي 98-01، وأكدته وبينته المادة الرابعة من النظام الداخلي للمجلس، الصادر في 26 مايو 2002.

4 – القانون العضوي رقم 11-13، المؤرخ في 24 شعبان 1432 الموافق 26 يوليو 2011، المعدل والمتمم للقانون العضوي 98-01، والمتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، الجريدة الرسمية العدد رقم 43، لسنة 2011.

- رئاسة أي غرفة من غرف المجلس عند الاقتضاء.
- رئاسة الغرف مجتمعة.
- تنشيط وتنسيق نشاط الغرف وأمانة الضبط والأقسام والمصالح الإدارية.
- السهر على تطبيق أحكام النظام الداخلي لمجلس الدولة.
- ممارسة السلطة السلمية عل الأمين العام ورئيس الديوان ورؤساء الأقسام الإدارية والمكلف بأمانة الضبط المركزية والمصالح التابعة لهم.

ثانيا: نائب رئيس مجلس الدولة.

يعين نائب رئيس مجلس الدولة باعتباره قاضيا بموجب مرسوم رئاسي بعد استشارة المجلس الأعلى للقضاء، وكان أول مرسوم يتعلق بهذا المنصب هو المرسوم الرئاسي رقم 98–187 المؤرخ في 30 ماي 1998[1]، وتتمثل مهامه في ما يلي:

- الإنابة عن رئيس مجلس الدولة في حالة حدوث مانع له أو في حالة غيابه.
- يتولى مهمة المتابعة والتنسيق بين مختلف الغرف والأقسام تحت إشراف الرئيس.

[1] – المرسوم الرئاسي رقم 98–187، المؤرخ في 4 صفر 1419 الموافق 30 مايو 1998، والمتضمن تعيين أعضاء مجلس الدولة، الجريدة الرسمية العدد رقم 44، لعام 1998.

ثالثا: مكتب المجلس [1].

يتشكل مكتب المجلس من: رئيس مجلس الدولة، محافظ الدولة نائبا (نائب رئيس المكتب)، نائب رئيس مجلس الدولة، رؤساء الغرف، عميد رؤساء الأقسام، عميد المستشارين.

وتتمثل مهامه:

- إعداد النظام الداخلي للمجلس للمصادقة عليه
- إبداء الراي بخصوص توزيع المهام بين قضاة مجلس الدولة.
- اتخاذ كل التدابير اللازمة للسير الحسن للمجلس.
- إعداد البرنامج السنوي للمجلس.
- إثارة حالات تعارض الاجتهاد القضائي بين الغرف.
- السهر على توحيد المصطلحات القانونية لدى الغرف.

وتحدد كيفيات عمل المكتب واختصاصاته الأخرى في النظام الداخلي لمجلس الدولة.

رابعا: محافظ الدولة والمحافظون المساعدون.

ويكونون من القضاة ويعينون بموجب مرسوم رئاسي كما يعين القضاة، وكان أول مرسوم يتعلق بهذا الأمر هو المرسوم الرئاسي رقم 98–187 بتاريخ 30 ماي 1998[1].

---

[1] – المادة 25 من القانون العضوي 11–13 المؤرخ في 26 يوليو 2011، المعدل والمتمم للقانون العضوي 98–01، الجريدة الرسمية العدد رقم 33، لعام 2011.

وتتمثل مهامهم فيما يلي [2]:

- يمارسون مهمة النيابة العامة، سواء في الوظيفة القضائية أو الاستشارية للمجلس.
- كما يقدم محافظ الدولة أو أحد مساعديه مذكراتهم كتابيا ويشرحون ملاحظاتهم شفويا.
- يترأس مكتب المساعدة القضائية ويمكنه تفويض أحد المساعدين له ويترأسها.
- يمكنه طلب إحالة قضية أمام الغرف مجتمعة وبالتالي يحضر جلساتها.
- تقديم الطلبات والالتماسات في القضايا المعروضة على مجلس الدولة.
- تنشيط ومراقبة وتنسيق أعمال محافظة الدولة والمصالح التابعة بها.
- ممارسة السلطة السلمية على قضاة محافظة الدولة.
- ممارسة السلطة السلمية والتأديبية على المستخدمين التابعين لمحافظة الدولة.
- يشارك في المهمة الاستشارية لمجلس الدولة.

=

[1] - المرسوم الرئاسي رقم 98-187، مصدر سابق.

[2] - المادة 26 مكرر من القانون العضوي رقم 11-13، المصدر السابق.

خامسا: رؤساء الغرف [1].

عندما يمارس مجلس الدولة الوظيفة القضائية فإنه يتشكل حاليا من خمسة غرف وعلى رأس كل غرفة رئيس، وتتمثل مهامه فيما يلي:

- التنسيق بين أقسام الغرفة الواحدة ورئاسة جلساتها وتسيير مداولاتها.
- يحدد القضايا الواجب دراستها على مستوى الغرفة أو الأقسام.

سادسا: رؤساء الأقسام [2].

تتشكل الغرفة الواحدة من مجموعة أقسام كخلايا فرعية، وذلك من أجل التحكم في أعمال الغرفة وضبط مهامها بشكل دقيق، وتتمثل مهمة رؤساء الأقسام كل على مستوى قسمه بإعداد التقارير عن نشاط القسم ورئاسة جلساته وتسيير مداولاته.

سابعا: القضاة ومستشارو الدولة.

جاء في المادة 20 من القانون العضوي 98–01 المذكور سابقا، أن قضاة مجلس الدولة يخضعون للقانون الأساسي للقضاء الصادر بمقتضى القانون العضوي رقم 04–11[3]، ويمارسون مهامهم في نطاق الوظيفة الاستشارية والوظيفة القضائية للمجلس.

---

1 - المادة 27 من القانون العضوي 98–01، مصدر سابق.

2 - المادة 27 و 28 من القانون العضوي 98-01، المصدر نفسه.

3 - القانون العضوي رقم 04–11، المؤرخ في 21 رجب عام 1425 الموافق 6 سبتمبر 2004، والمتضمن القانون الأساسي للقضاء، الجريدة الرسمية رقم 57، لعام 2004.

ثامنا: الأمين العام لمجلس الدولة.

يتكون مجلس الدولة من مجموعة أقسام تقنية ومصالح إدارية يسيّرها الأمين العام الذي يعمل تحت سلطة رئيس المجلس.

يعين الأمين العام بموجب مرسوم رئاسي بعد اقتراح من وزير العدل واستشارة رئيس مجلس الدولة الذي تعد وظيفته وظيفة من الوظائف العليا في الدولة [1].

وورد في المادة 17 مكرر من القانون العضوي 11–13 المعدل والمتمم للقانون العضوي 98–01 والمتعلق بعمل وتنظيم واختصاصات مجلس الدولة، أن الأمين العام يكلف تحت سلطة رئيس مجلس الدولة بإدارة قسم الإدارة والوسائل ومتابعة أعماله.

الفرع الثاني: اختصاصات مجلس الدولة

على غرار مجلس الدولة الفرنسي وبناء على تنظيم وعمل المجلس كهيئة قضائية وهيئة استشارية، فإن مجلس الدولة الجزائري يتمتع بنوعين من الاختصاصات؛ اختصاصات قضائية وأخرى استشارية.

---

[1] - بموجب المرسوم التنفيذي رقم 12–224، المؤرخ في 2012/05/17، والذي يحدد كيفيات التعيين في وظائف الأمين العام، واعتبر هذا المنصب من الوظائف العليا يتم التعيين فيها بموجب مرسوم رئاسي، أنظر: الجريدة الرسمية العدد 31، لعام 2012.

أولا: الاختصاصات القضائية.

إن مجلس الدولة الجزائري وموقعه على رأس هرم الجهات القضائية الإدارية بمقتضى المادة 171 من التعديل الدستوري 2016، يتمتع باختصاص قضائي متعدد يمارسه في تشكيلات قضائية متنوعة، فالقانون العضوي 98–01 والمتعلق باختصاصات مجلس الدولة وعمله وتنظيمه، قد أدرج اختصاصات مجلس الدولة القضائية في بابه الثاني تحت الفصل الأول بعنوان الاختصاصات ذات الطابع القضائي في ثلاث مواد (9، 10، 11).

كما خصص لها قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد [1]، الباب الثاني بعنوان الإجراءات المتبعة أمام مجلس الدولة، وقسم هذا الباب إلى ثلاثة فصول؛ كان الأول في الاختصاص، والثاني في الدعوى، والثالث في القرارات.

وبناء على المواد 9، 10، 11 من القانون العضوي المذكور أعلاه، والمواد 901 و902 و903 من القانون 08–09 سالف الذكر، نجد أن مجلس الدولة الجزائري يكون أحيانا:

- محكمة أول وأخر درجة، فيكون قاضي اختصاص.
- محكمة استئناف، فيكون قاضي استئناف.
- جهة مختصة بالطعون بالنقض، فيكون قاضي نقض.

---

[1] – القانون رقم 08–09، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مصدر سابق.

ثانيا: مجلس الدولة قاضي اختصاص juge d'attribution

حسب نص المادة التاسعة من القانون العضوي 11–13 المعدل والمتمم للقانون العضوي 98–01 والمتعلق باختصاصات مجلس الدولة وعمله وتنظيمه، فإن مجلس الدولة يفصل ابتدائيا ونهائيا *premier et en dernier ressort* في ما يلي: "يختص مجلس الدولة كدرجة أولى وأخيرة بالفصل في دعاوى الإلغاء [1] والتفسير [2] وتقدير المشروعية [3] في القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية، كما يختص بالفصل في القضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة [4].

---

1 – عرفها الدكتور سليمان الطماوي بأنها: "القضاء الذي بموجبه يكون للقاضي أن يفحص القرار الإداري، فإذا تبين له مجانبة القرار للقانون حكم بإلغائه، ولكن دون أن يمتد حكمه إلى أكثر من ذلك، فليس له تعديل القرار أو استبداله بغيره"، د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، الكتاب الأول، دار الفكر العربي، 1986، مصر، ص 305.

2 – وهي" دعوى إدارية بمقتضاها يطالب صاحب الشأن من القضاء المختص إعطاء تفسير لعبارات غامضة واردة في القرار الإداري محل دعوى التفسير دون التصريح بإلغائه"، د. عمار بوضياف، قضاء الإلغاء، دار الثقافة، 2011، ص 69.

3 – وهي" دعوى يرفعها صاحب الشأن أمام القضاء المختص بغرض المطالبة بفحص مشروعية قرار إداري وإقرار مشروعيته من عدمها"، د. عمار عوابدي، دعوى تقدير المشروعية في القضاء الإداري، دار هومة، 2007، الجزائر، ص7.

4 – يرى أستاذنا الدكتور أبوحميدة: أنه لا فرق بين عبارتي أول وأخر درجة وابتدائيا ونهائيا، فكلاهما يدلان على التوجه بداية إليه كلما تعلق الأمر بدعوى إلغاء ضد قرارات الجهات المذكورة، ويقصد بآخر درجة بصفة نهائية وهي غير قابلة للطعن بالنقض، أنظر: د. أبوحميدة عطا الله، الوجيز في القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 67.

وجاءت المادة 901 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية مؤكدة الدور القضائي لمجلس الدولة باعتباره جهة للقضاء الابتدائي والنهائي فيما يتعلق بدعاوى الإلغاء والتفسير وفحص المشروعية المرفوعة ضد السلطات الإدارية المركزية، وقضايا أخرى بموجب نصوص خاصة.

وبقراءة صياغة المادتين السابقتين يتضح أن القانون العضوي 98-01 في مادته التاسعة استعمل عبارة " القرارات التنظيمية والفردية " أي أنه ذكرها تصنيفا ونوعا، بينما المادة 901 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية استعملت عبارة " القرارات الإدارية " إطلاقا لا تصنيفا وتحديدا.

وبصدور القانون العضوي 11-13 المعدل والمتمم للقانون العضوي 98-01 في مادته التاسعة نجده استعمل عبارة " القرارات الإدارية "، فكان هذا التعديل تعديلا مرجعا الأمور لنصابها، وبعبارة دقيقة تتفق مع نص المادة 901 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ومن ناحية ثانية نجد أن القانون العضوي 98-01 في مادته التاسعة استعمل العبارة التالية: " الطعون بالإلغاء ضد القرارات..."، وفي القانون العضوي 11-13 المعدل والمتمم للقانون العضوي 98-01، في مادته التاسعة عبارة " دعاوى الإلغاء " وهي عبارة أكثر دقة ووضوحا من العبارة الأولى.

ولقد صنفت المادة 09 من القانون العضوي 11-13 الجهات المعنية باختصاص مجلس الدولة كأول وآخر درجة إلى ثلاثة أنواع:

1- سلطات إدارية مركزية؛ وتتمثل في مجموع الإدارات العامة المتمركزة في عاصمة البلاد، والتي تشكل في مجموعها الدولة بالمفهوم الإداري الضيق، و

تتمثل في مصالح رئاسة الجمهورية التي تمثل مرفقا عاما، إعمال للمعيار العضوي الشكلي، وتضم مجموعة من الهياكل والأجهزة؛ كمدير الديوان، الأمانة العامة للرئاسة، الأمانة العامة للحكومة، والمستشارون [1]، بواسطتها يدار هذا المرفق الذي يمثل شخصا إداريا عاما يتولى السلطة في إصدار التشريع والتنظيم، مما يعني أن مجلس الدولة يكون كقاضي أول وأخر درجة ينظر في المنازعات التي تكون إحدى إدارات رئاسة الجمهورية طرفا فيها، وتأسيسا على ذلك أعتقد أنه يمكن مخاصمة رئاسة الجمهورية كشخص إداري عام فيطعن في الأعمال الإدارية التي تصدر عنها[2]، وكمصالح الوزير الأول؛ أي رئاسة الحكومة ويترأسها الوزير الأول، والتي تمثل مرفق عام يختص بتنظيم وتسيير رئاسة الحكومة، والتي تتكون من الأمانة العامة وديوان رئاسة الحكومة والمديريات العامة ومختلف المصالح الإدارية العامة المكونة لرئاسة الحكومة، فهذا المرفق له قرارات إدارية مركزية يمكن أن تخضع منازعاتها للقضاء الإداري؛ أي مجلس الدولة.

---

[1] – أنظر: المرسوم الرئاسي رقم 01-197، المؤرخ في 01 جمادى الأولى 1422 الموافق 22 يوليو 2001، يحدد صلاحيات مصالح رئاسة الجمهورية وتنظيمها، الجريدة الرسمية العدد 40، لسنة 2001.

[2] – فيما اطلعت عليه من قرارات قضائية إدارية، لم يحدث أن تقدم أحد إلى القضاء الإداري في الجزائر لمحاولة مقاضاة رئاسة الجمهورية، إلا ما كان من مواطن في ولاية تبسة توجه إلى القضاء على مستوى الولاية (المجلس القضائي) محاولا رفع دعوى قضائية ضد مصالح رئاسة الجمهورية، ولا يوجد أي معلومات عن القضية، مع أن الأصل في هذه الحالة أن يقوم المواطن برفع الدعوى أمام مجلس الدولة بالعاصمة أو الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا سابقا، أنظر: د عمار بوضياف، القضاء الإداري في الجزائر، مرجع سابق، ص158.

2- هيئات وطنية عمومية؛ كالمجلس الدستوري، ومجلس الأمة، والمجلس الشعبي الوطني، ومجلس المحاسبة، والمديريات العامة الوطنية[1]؛ فهي هيئات أو مرافق إدارية ذات طابع عام وطني، فتدخل الإدارة له صور عديدة، وذلك من أجل إنجاز وظيفتها المتمثلة في إدارة شؤون المجتمع، وتحقيق سيادة النظام العام بأمنه وصحته وسكينته، وهذه الصور المتعددة للتدخل تتحول في الغالب إلى مرافق عامة، فهي تقوم بنشاط بوصفها شخص عام يسعى لإشباع حاجيات عامة لتحقيق مصلحة عامة[2] وهي بصدد ممارستها لنشاط إداري، فتوكل هذه النشاطات لمجموعة من المرافق الوطنية، كمرفق الدفاع الوطني، والأمن الوطني، ومرفق القضاء، ومرفق التشريع(البرلمان بغرفتيه)...الخ، فعند قيام هذه المرافق بأنشطة وأعمال إدارية كإصدار قرارات إدارية خاصة بتنظيمها الداخلي والخارجي أو عند قيامها بإبرام عقود إدارية، فإنها يطبق عليها المعيار العضوي الذي ينظمه القانون الإداري، مما يعني خضوعها لرقابة القضاء الإداري ممثلا في مجلس الدولة بالنسبة للمرافق المركزية.

1 – كالمديرية العامة للوظيف العمومي، وهو ما أشار إليه قرار مجلس الدولة (غير منشور)، الغرفة الثانية، بتاريخ 2002/03/18، ملف رقم 004813، فهرس 174، والمديرية العامة للحماية المدنية في قرار لمجلس الدولة (غير منشور)، الغرفة الثانية، بتاريخ 2003/01/21، ملف رقم 008216، فهرس 21، والمديرية العامة للأمن الوطني في قرار لمجلس الدولة (غير منشور)، بتاريخ 2003/07/22، ملف رقم 00865، فهرس 725، أنظر: د. عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، القسم الأول، دار جسور للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2013، الجزائر، ص159.

2 – د. محمد فاروق عبد العزيز، نظرية المرفق العام في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1987، ص 164.

3- السلطات الإدارية المستقلة كالمجلس الأعلى للإعلام ومجلس المنافسة، ولجنة تنظيم البريد والوكالة الوطنية للاستثمار، وسلطات ضبط البريد، حيث جاء في المادة 17 من القانون 2000-03 [1]: "أنه يجوز الطعن في قرارات مجلس سلطة الضبط أمام مجلس الدولة في أجل شهر واحد ابتداء من تاريخ تبليغها، وليس لهذا الطعن أثر موقف".

ولمجلس الدولة تطبيقات لقواعد الاختصاص القضائي كأول وأخر درجة منها:

- قرار مجلس الدولة برفض طعن من اختصاص جهة ابتدائية، وحيث أنه وعلى إثر عريضة مسجلة بضبط مجلس الدولة، قدم الطاعن طعنا بالإبطال في مقرر مدير التربية لولاية سكيكدة الذي أحاله أمام الهيئة التأديبية، وحيث أنه في هذه القضية موضوع العريضة لا يدخل في اختصاص مجلس الدولة، فقد تم رفض العريضة من طرف مجلس الدولة [2].

وبمراجعة قرار القضية سابقة الذكر، نجد أن مجلس الدولة قد أسسه على نص المادة 274 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وأظن أن التأسيس الأدق هو أن يعتمد مجلس الدولة على نص المادة 09 من القانون العضوي 98-01، على اعتبار أن الاختصاص القضائي لمجلس الدولة قد نص عليه القانون

---

[1] - القانون رقم 2000-03، المؤرخ في 5 جمادى الأولى 1421 الموافق 5 أوت 2000، والمحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد وبالمواصلات السلكية واللاسلكية، الجريدة الرسمية العدد رقم 48، لعام 2000.

[2] - قرار مجلس الدولة المؤرخ في 1999/07/26، الغرفة الرابعة، الفهرس 363، أنظر: أ. آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الأول، دار هومة، 2002، الجزائر، ص177.

العضوي98–01 المعدل والمتمم بالقانون العضوي 11–13، والقانون العضوي مقدم على القانون العادي هذا من جهة، وأن النص في القانون العضوي نص خاص، والنص في قانون الإجراءات المدنية والإدارية نص عام، والقاعدة تقول : الخاص يقيد العام وهذا من جهة ثانية [1].

- قرار مجلس الدولة [2]، والمتضمن إقرار رقابته على منع الدخول للتراب الوطني، وحيث أن القرار الضمني والمتعلق بمنع شخص يحمل جنسية جزائرية والمتمتع بكافة حقوقه، من الدخول إلى التراب الوطني وذلك لمجرد أدائه للخدمة العسكرية الإجبارية في الجيش الفرنسي، وكان تأسيس المجلس على أساس المادة 68 من القانون 99–07 المؤرخ في 1999/04/05 والمتعلق بالمجاهد [3].

وحيث أن التكييف القانوني للوقائع محل القضية غير مطابق مع أحكام المادة، فإن القرار مشوب بعيب عدم المشروعية.

وفي الأخير تجدر الإشارة إلى أن هذا الاختصاص القضائي لمجلس الدولة بالفصل بصفة أول وأخر درجة فيه تعد على طريق طعن كفلها قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهو طريق الاستئناف، مما يجعلنا أمام حالة من عدم تكافؤ الفرص بين المتقاضين في القضاء العادي والقضاء الإداري [4].

---

[1] – ويرى أستاذي الدكتور أبوحميدة؛ أن القرار لعله اتخذ تطبيقا للأمر 66–154، قبل أن يبدأ مجلس الدولة عمله في جوان 1998.

[2] – قرار مجلس الدولة رقم 052342، المؤرخ في 2009/10/21، مجلة مجلس الدولة، العدد 10، ص 162.

[3] – القانون رقم 99–07، المؤرخ في 19 ذي الحجة 1419 الموافق 5 أبريل 1999، والمتعلق بالمجاهد والشهيد، الجريدة الرسمية العدد رقم 25، لعام 1999.

[4] – د. عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص147.

وأعتقد أن هذا الاختصاص الممنوح لمجلس الدولة لو منح للمحكمة الإدارية بالجزائر العاصمة ولو بتشكيل مختلف، مما يجعل الأمر يتوافق مع مبدأ التقاضي على درجتين

وهو مبدأ من المبادئ التي يقوم عليها التنظيم القضائي الجزائري هذا من جهة، كما يخفف العبء على مجلس الدولة ليتفرغ لمهمة أسمى وهي مهمة النقض والاجتهاد.

ثانيا: مجلس الدولة جهة لقضاء الاستئناف (قاضي استئناف) *juge d'appel*

الطعن بالاستئناف طريقة من طرق الطعن العادية في المسائل الإدارية، والتي تمنح لأي طرف من أطراف القرار القضائي الصادر من أي محكمة إدارية، التوجه إلى الجهة الأعلى درجة لها وهي مجلس الدولة للطعن بالاستئناف لتعبير عن عدم قناعته لحكم المحكمة الإدارية، ليعيد مجلس الدولة النظر فيها كقاضي استئناف، تأسيسا على نص المادة العاشرة من القانون العضوي 98–01 والتي تنص على أن مجلس الدولة مختص بالفصل في استئناف القرارات الصادرة ابتدائيا من قبل المحاكم الإدارية في جميع الحالات ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

ثم ورد في القانون العضوي 11–13 المعدل والمتمم للقانون العضوي 98–01 في مادته العاشرة أن مجلس الدولة يختص بالفصل في استئناف الأحكام والأوامر الصادرة عن الجهات القضائية الإدارية، كما يختص أيضا كجهة استئناف في القضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة.

كما أن المادة الثانية من القانون رقم 98-02[1] والمتعلق بالمحاكم الإدارية، قد أكدت على هذا الدور بقولها " أحكام المحاكم الإدارية قابلة للاستئناف أمام مجلس الدولة مالم ينص القانون على خلاف ذلك ".

أما المادة 902 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فقد صيغت على النحو التالي: "يختص مجلس الدولة بالفصل في استئناف الأحكام والأوامر الصادرة عن المحاكم الإدارية، كما يختص أيضا كجهة استئناف بالقضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة"

مما يجعلنا نلاحظ أن هناك تطابق وانسجام بين التعديل الأخير للقانون العضوي المتعلق بمجلس الدولة لسنة 2011 وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، ولكن تبقى إشكالية استعمال المشرع لمصطلح الأحكام في التعديل الخاص بالقانون العضوي لسنة 2001 بدل مصطلح القرارات في القانون العضوي لسنة 1998، ولعل مصطلح قرارات أحسن بالنظر للتشكيلة الجماعية التي تفصل في النزاع [2].

كما نلاحظ الإضافة النوعية التي حملها التعديل الجديد لسنة 2001، بذكر الأوامر وقصد بها؛ الأوامر الصادرة في المادة الاستعجالية، مكرسا بذلك مبدأ التقاضي على درجتين، وحاسما لجدل فقهي وقضائي في وقت سابق حول قابلية أو عدم قابلية الأوامر الاستعجالية للطعن فيها بالاستئناف أمام مجلس الدولة.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الاختصاص الممنوح لمجلس الدولة ينصب

---

[1] - القانون 98-02، والمتعلق بالمحاكم الإدارية، مصدر سابق.

[2] - أنظر: د. بو حميدة عطا الله، مرجع سابق، ص70.

على مراجعة أو إلغاء القرار القضائي الصادر عن المحكمة الإدارية في صيغة قرار ابتدائي، وأن هذه القرارات القضائية الجائز الطعن فيها بالاستئناف لابد أن يكون الحكم المطعون فيه مبنيا على ما يلي:

- حالة مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو تأويله.
- حالة وقوع بطلان في الإجراءات يؤثر في الحكم أو القرار القضائي.

فنجد مجلس الدولة يفصل كقاضي مختص بالطعون الاستئنافية، وكمراقب لقاضي الموضوع محاولا إخضاع نتيجة القرار المستخلصة من قاضي الموضوع لوقائع النزاع المطروح أمامه؛ أي البحث عن التطبيق الخاطئ للقاعدة القانونية على وقائع النزاع، بمعنى الخطأ في إنزال الأثر القانوني الذي قرره نص القاعدة القانونية على الوقائع، في حين أن أثر هذه القاعدة لا ينطبق على واقع النزاع[1].

وحسب اعتقاد الباحث، أن المشرع بجعله الاختصاص بالنظر في الطعن بالاستئناف لمجلس الدولة يكون قد نجح في تكريس مبدأ التقاضي على درجتين، ولكن يؤخذ عليه أنه جعل مجلس الدولة محكمة للوقائع يهتم بها ويفصل في طعون الاستئناف، مع أن دوره حسب نص المادة 171 من التعديل الدستوري لسنة 2016 يتمثل في أنه جهة قضائية عليا تمارس دور التقويم والاجتهاد كما هو الحال في دور المحكمة العليا في القضاء العادي، وكما هو جار في غالب النظم القانونية[2]، فلو أن المشرع منح مهمة الاستئناف إلى المحاكم، محاكم استئناف

---

1 - أنظر: د. محمود جمعة، الطعون الاستئنافية أمام محاكم مجلس الدولة، منشأة المعارف، 1986، مصر ص 108.

2 - أنظر: د. عمار بوضياف، القضاء الإداري في الجزائر، مرجع سابق، ص 162.

مستقلة كما هو الحال في فرنسا فإنه يكفل توحيد الدور القضائي بين قمة الهرمين؛ أي المحكمة العليا ومجلس الدولة، وكان يستطيع أن يحول الغرف الجهوية والتي كانت على مستوى الجزائر، قسنطينة، وهران، بشار، ورقلة إلى محاكم استئناف إدارية، الأمر الذي يجعل مجلس الدولة يتفرغ لقضاء النقض، وتوحيد الاجتهاد القضائي هذا من جهة، وتقريب القضاء من المتقاضين وتسريع البت في قضايا الاستئناف من جهة أخرى[1].

كما تبقى مشكلة تثير تساؤلا مفاده هل أن القرارات النهائية الصادرة عن مجلس الدولة كجهة استئناف تقبل الطعن بالنقض أم لا؟

وفقا لاجتهاد مجلس الدولة والذي أقر مبدأ مفاده عدم قابلية قراراته النهائية للطعن بالنقض فقال: "لا يمكن لمجلس الدولة الفصل بطريق الطعن بالنقض في قرار صادر عنه عملا بأحكام القانون 98–01 وكذا انطلاقا من أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية"[2].

وكان تأسيس مجلس الدولة في القرار محل الاجتهاد، أنه سبق له النظر في القضية والقرار صادر عنه، ولكن هذا الأمر قد حرم المتقاضين من ممارسة طريق من طرق الطعن في الأحكام، وهو طريق الطعن بالنقض المكرس في

---

1 – بالرجوع لقرار صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 200/05/22 الغرفة الرابعة، فهرس 327، نجد أن عريضة الاستئناف تم تسجيلها في 1997/9/2 وصدر القرار الفاصل في النزاع بتاريخ 2000/5/22؛ أي بعد 35 شهرا تقريبا.

2 – القرار رقم 07304، منشور بمجلة مجلس الدولة، العدد 02، لسنة 2002.

قانون الإجراءات المدنية القديم، والذي كان ساريا المفعول ساعة عرض النزاع على مجلس الدولة [1].

ومن تطبيقات مجلس الدولة في القرارات القضائية الجائز الطعن فيها بالاستئناف عند مخالفتها للقانون في قرار لمجلس الدولة الجزائري جاء في حيثياته: "... حيث أن المستأنف عليها لما اعتبرت المستأنف كعامل مؤقت رغم تشغيله لمدة أكثر من 10 سنوات، وقامت بتسريحه دون احترام الإجراءات القانونية لضمان حقوقه، قد تعسفت في حقه ما يتعين معه إلغاء القرار الذي أساء تقدير الوقائع وتطبيق القانون، والقضاء من جديد بإلزام المستأنف عليها بإعادة إدماج المستأنف إلى منصب عمله الأصلي أو مماثل، وتعويضه عن الضرر الذي لحقه بسبب التسريح التعسفي"، فصرح مجلس الدولة أن هذا التصرف من طرف المستأنف عليها كان مخالفا للقانون[2].

وفي حالة الخطأ في تطبيق القانون أو تأويله نذكر قرار لمجلس الدولة جاء في حيثياته: "حيث أن قضاة أول درجة قد جانبوا الصواب في تكييفهم لوقائع القضية عندما صرحوا بعدم اختصاصهم النوعي، إذ كان عليهم أن يقضوا برفض

---

1 - نص المادة 233 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية الصادر بموجب القانون رقم 66-154 المؤرخ في 18 صفر علم 1386 الموافق 8 جوان 1966، ج.ر العدد 47، لعام 1966.

2 - قرار مجلس الدولة رقم 009993 المؤرخ في 2004/03/16، مجلة مجلس الدولة، العدد رقم 05، لعام 2004، ص 150.

دعوى المدعية المستأنفة لعدم تأسيسها تجاه البلدية، مما يعرض قرارهم للإلغاء"[1].

وفي حالة بطلان في الإجراءات يؤثر في الحكم أو القرار القضائي، ورد قرار لمجلس الدولة جاء في حيثياته : "حيث أنه بعد تحريات عميقة ودقيقة من طرف مؤسسات الدولة بما فيها السلطات الأمنية والإدارية، اتضح أن المستأنف عليه كان له سلوك معاد للثورة أثناء الحرب التحريرية، ولكن القرار الولائي موضوع الدعوى جاء غير معلل وغير مدعم بأدلة كافية على ما ينسب للمستأنف عليه مما يجعله منعدم الأساس بالإضافة إلى أن القانون رقم 90–51 [2] يستوجب اللجوء إلى القضاء لإقصاء أحد أعضاء مستثمرة فلاحية، وحيث أن الاستئناف غير مؤسس ويتعين بالتالي تأييد القرار المستأنف[3]"[4].

ثالثا: مجلس الدولة جهة لقضاء النقض (قاضي نقض) *juge de cassation*

تنص المادة الحادية عشر من القانون العضوي 98–01 المعدلة والمتممة بالقانون العضوي 11–13 لسنة 2011 والمتعلق باختصاصات مجلس الدولة

---

[1] – قرار مجلس الدولة رقم 028626 المؤرخ في 2006/02/22، مجلة مجلس الدولة، العدد رقم 08، لعام 2006، ص203.

[2] – المرسوم التنفيذي رقم 90–51 المؤرخ في 10 رجب 1410 الموافق 06 فيفري 1990 والمتعلق بتحديد كيفيات تطبيق المادة 28 من القانون 87–19 المؤرخ في 8 ديسمبر 1987 والذي يضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية، ج.ر العدد 06، لعام 1990.

[3] – قرار مجلس الدولة رقم 150297 المؤرخ في 1999/2/1، مجلة مجلس الدولة، العدد رقم 07، لعام 2006، ص95.

[4] – أنظر: أ. بوجادي عمر، اختصاص القضاء الإداري في الجزائر، رسالة دكتوراه، جامعة تيزي وزو، 2001، ص 327 وما بعدها.

وتنظيمه وعمله على ما يلي: "يختص مجلس الدولة بالنظر في الطعون بالنقض في الأحكام الصادرة في آخر درجة عن الجهات القضائية الإدارية، ويختص أيضا بالنظر في الطعون بالنقض المخولة بموجب نصوص خاصة ".

وكانت صياغة نفس المادة في قانون 98–01 كالتالي: "الصادرة نهائيا وكذا الطعون بالنقض في قرارات مجلس المحاسبة".

ونصت المادة 903 من القانون 08–09[1] والمتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: "يختص مجلس الدولة بالنظر في الطعون بالنقض في القرارات الصادرة في آخر درجة عن الجهات القضائية الإدارية، ويختص مجلس الدولة كذلك في الطعون بالنقض المخولة بموجب نصوص خاصة ".

وانطلاقا مما سبق من نصوص نجد أن المشرع قد اعترف لمجلس الدولة بسلطة الفصل في الطعون بالنقض الموجهة ضد القرارات القضائية النهائية في المادة الإدارية وكذلك القرارات التي تخوله إياها النصوص الخاصة.

كما نجد المشرع في القانون العضوي 98–01 في المادة الحادية عشر قد خص بالذكر قرارات مجلس المحاسبة، ولكنه في التعديل 11–13 أحال إحالة عامة وربطها بالنصوص الخاصة، ولم يخص بالذكر قرارات مجلس المحاسبة.

واستعملت المادة 11 من تعديل 11–13 لعام 2011 عبارة " أحكام " بدلا من عبارة " قرارات".

---

[1] – القانون رقم 08–09، المؤرخ في 18 صفر 1426 الموافق 25 فبراير 2008، والمتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية رقم 21، لعام 2008.

وهو استعمال أظن أن المشرع قد جانب فيه الصواب، لأن الأمر لا يقتصر على المحاكم الإدارية فقط، بل يتعلق بالجهات القضائية الإدارية جميعها[1].

إن منح المشرع سلطة النظر في الطعون بالنقض لمجلس الدولة، يكون قد أسند إليه وظيفته الطبيعية باعتباره جهة عليا للقضاء الإداري، يقوّم القرارات القضائية ويمارس مهمة الاجتهاد القضائي في المادة الإدارية، هذه المهمة الصعبة المتخصصة، لكي يمارسها المجلس على أحسن وجه وبكفاءة عالية، فعلى المشرع أن يعيد النظر في الاختصاصات الموكلة لهذه الهيئة القضائية، خاصة ونحن في عصر التخصص، فبقدر ما يكون الاختصاص محددا ودقيقا، بقدر ما يمكن لهذا المجلس من أن يقدم مردودية وأداء اجتهادي في المستوى المطلوب والمتأمل.

إن الطعن بالنقض يستهدف مواجهة قرار قضائي صادر بصفة نهائية عن جهة قضائية معينة، وفي المادة الإدارية نجد أن المشرع قد خول لمجلس الدولة سلطة مراقبة نوعين من القرارات القضائية؛ منها ما يصدر عن أجهزة القضاء الإداري بمكونيه، المحاكم الإدارية ومجلس الدولة نفسه، ومنها قرارات قضائية تصدر عما يمكن أن يصطلح على تسميته بالأجهزة القضائية المتخصصة، لها دور مكمل للأجهزة القضائية الأخرى.

1- القرارات القضائية النهائية الصادرة عن الجهات القضائية الإدارية:

من المعلوم أن الهيئات القضائية في ظل نظام ازدواجية القضاء الذي جاء به

---

1 – أنظر: د. بو حميدة عطا الله، مرجع سابق، ص72.

دستور 1996[1] في الجزائر، تتدرج من أدنى درجة إلى أعلى درجة في هرم القضاء الإداري حسب طبيعة الاختصاص الموكل لكل جهة؛ فهناك الدرجة الأولى للتقاضي والتي بمقتضاها يجب أن يكون للمحكمة الإدارية الولاية العامة للمنازعة الإدارية، عدا المنازعات التي أحال المشرع النظر فيها لمجلس الدولة بموجب القانون، وبناء على ذلك فإن المحاكم الإدارية كأصل عام يصدر عنها قرارات ابتدائية قابلة للطعن بالاستئناف طبقا للمادة الثانية من القانون 98-02 المتعلق بالمحاكم الإدارية[2]، ما لم يرد بشأن ذلك نص خاص.

وخارج هذا الإطار العام، نجد أنه قد يصدر عن المحاكم الإدارية قرارات نهائية تتحقق في حالات استثنائية محددة على سبيل الحصر، كما لو تعلق الأمر بالقرارات الصادرة في مادة المنازعات الانتخابية طبقا للقانون العضوي 12-01 والمتعلق بنظام الانتخاب [3]، وكونه قرار نهائي حسب ما جاء في نص المادة 77 منه، أن قرار رفض الترشح للانتخابات المحلية الصادر عن الوالي يكون قابلا للطعن أمام المحكمة الإدارية خلال ثلاثة أيام من تبليغ القرار، وتفصل المحكمة في القضية خلال خمسة أيام من رفع الطعن ويكون قرارها غير قابل للطعن.

---

[1] - المرسوم الرئاسي 96-438، والمتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، مصدر سابق.

[2] - القانون 98-02، والمتعلق بالمحاكم الإدارية، مصدر سابق.

[3] - القانون العضوي رقم 12-01، المؤرخ في 18 صفر عام 1433 الموافق 12 يناير لسنة 2012، والمتضمن نظام الانتخابات، الجريدة الرسمية العدد الأول، سنة2012.

وبالتالي فإنه لا يقبل الطعن بصور الطعن العادية (المعارضة والاستئناف) أي الاستئناف أمام مجلس الدولة، ولكنه يقبل الطعن بالنقض أمام مجلس الدولة على أساس أن مجلس الدولة قاض نقض بالنسبة للقرارات الصادرة نهائيا عن الجهات القضائية الإدارية، وقرار المحكمة الإدارية يندرج ضمن هذا السياق[1].

وتجدر الإشارة إلى أن مجلس الدولة الفرنسي يقبل الطعن بالنقض في القرارات الصادرة عن الهيئات القضائية الإدارية، حتى ولو كانت النصوص تقضي بأنها غير قابلة لأي طعن، توسيعا ودعما للرقابة القضائية الإدارية على أعمال الإدارة وضمانا لبدأ المشروعية [2].

ويذهب الدكتور عمار بوضياف إلى القول: "إذا أردنا التدقيق في القرارات النهائية نجدها في الوضع الغالب تصدر عن مجلس الدولة سواء باعتباره قاض اختصاص بأن فصل في الملف المعروض عليه ابتدائيا ونهائيا، أو قاض استئناف بأن فصل في الطعن باعتباره هيئة درجة ثانية، وفي كلا الوضعيتين يفصل مجلس الدولة بموجب قرار نهائي، ذلك أن المحاكم الإدارية لا تصدر كأصل عام قرارات نهائية بل قراراتها تعد ابتدائية طبقا لنص المادة الثانية من القانون العضوي 98-02 فيما لم يرد بشأنه نص خاص.

---

1 - يعيش شوقي، آلية الرقابة على العملية الانتخابية في الجزائر، مذكرة لنيل درجة الماجستير، تخصص قانون دستوري، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2009، ص24.

2 - V. Delaubadere, et autres, traite de droit administratif, L.G.D.G, 1999, paris, p373.

وهكذا نجد أن نص المادة 11 من القانون العضوي 98-01 ضمنيا قصدت على الوجه الغالب القرارات النهائية الصادرة عن مجلس الدولة بمناسبة فصله في الملف المعروض عليه باعتباره قاض اختصاص أو قاض استئناف"[1].

ويذهب الدكتور أبو حميدة عطا الله إلى القول:" معنى كلمة نهائية؟ قد يكون القصد اتخاذ المحاكم الإدارية أحكاما نهائية غير قابلة لاستئناف ولكنها قابلة للطعن بالنقض، ويمكن قياسها بالمادة 4/73 من القانون 90-11[2] والمتعلق بعلاقات العمل المعدل والمتمم، والتي نصت على أنه إذا وقع تسريح العامل مخالفة للإجراءات القانونية أو الاتفاقية الملزمة، تلغي المحكمة المختصة ابتدائيا ونهائيا قرار التسريح.... ويكون الحكم الصادر في هذا المجال قابلا للطعن بالنقض...."[3].

وفي الأخير يبقى تحديد مفهوم الجهات القضائية الإدارية كآخر درجة (والفاصلة نهائيا) في نص المادة 11 من القانون العضوي 11-13 المعدل والمتمم للقانون العضوي 98-01 تتسم بالغموض، ولا تسمح بتحديد المقصود بعبارة الأحكام الصادرة في آخر درجة عن الجهات القضائية الإدارية، خاصة حين أخرج من محتواها مجلس المحاسبة على سبيل المثال.

---

1 - د. عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ج1، ص154.

2 - القانون رقم 90-11، المؤرخ في 26 رمضان 1410 الموافق 1990، والمتعلق بعلاقات العمل، الجريدة الرسمية العدد رقم43، لسنة 1990.

3 - د. بو حميدة عطا الله، مرجع سابق، ص72.

وتبقى النتيجة الأخيرة أن مجال الطعن بالنقض الإداري ضيق جدا رغم أهميته من حيث رقابة العمل القضائي الإداري [1].

2 – القرارات القضائية الصادرة بصدد الأقضية الإدارية المتخصصة: إن فكرة الهيئات الإدارية المتخصصة كهيئات قضائية ظهرت في فرنسا، بوصفها جهات استثنائية تفصل في قضايا ونزاعات محددة على سبيل الحصر

ولقد اجتهد مجلس الدولة الفرنسي وحصرها في أربعين جهة قضائية إدارية متخصصة على وجه التحديد، ومن أشهرها مجلس المحاسبة ولجنة مراقبة الميزانية واللجنة البنكية والمصرفية [2].

وقد اقترح مجلس الدولة الفرنسي معيارين في تحديد مفهوم الهيئات القضائية الإدارية المتخصصة وهما؛ المعيار المادي والمعيار الشكلي، فالمعيار المادي يركز على طبيعة النزاع الذي تفصل فيه الهيئة ويشترط أن يكون من طبيعة إدارية، والمعيار الثاني معيار شكلي يتطرق إلى الشكليات والصيغ الإجرائية التي يجب أن تأخذ طابعا قضائيا [3].

وباستقراء نص المادة 11 من القانون العضوي 11–13 المعدل والمتمم للقانون العضوي 98–01 نجدها تفتح المجال إلى جهات أخرى لها طابع قضائي

---

1 – خلوفي رشيد، قانون المنازعات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط04، 2008، ص 420–421.

2 - Perrot Roger, institution judicaire, 9 éd, Montchrestien, 2000, p232.

3 - Nicolas braconnay, manuel delamarre, Leçons d'institutions juridictionnelles, Ellipses, 2007, p223.

بحيث يفصل مجلس الدولة في الطعون بالنقض في الأحكام الصادرة في آخر درجة عن الجهات القضائية الإدارية، واعتبار هذه الجهات هيئات قضائية متخصصة في حالة سكوت النص القانوني يتطلب منا البحث في نصوصها القانونية[1].

ومن بين هذه الهيئات التي يمكن إدراجها ضمن الهيئات الإدارية المتخصصة في الجزائر وانطلاقا من نصوصها القانونية نجد مجلس المحاسبة واللجان التأديبية وقرارات المجلس الأعلى للقضاء.

أ – القرارات القضائية الصادرة عن مجلس المحاسبة: نص المشرع الجزائري في التعديل الدستوري لسنة 2016 على مجلس المحاسبة كهيئة عليا مستقلة ومكلفة بالرقابة البعدية لأموال الدولة والجماعات الإقليمية والمرافق العمومية وكذلك رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة [2].

ولم ينص المشرع بشكل صريح ومباشر على تصنيفه كهيئة قضائية، إلا ما يتضمنه تنظيمه وسيره، فهو يخضع لتنظيم قضائي ويخوله صلاحيات قضائية [3].

وبالرجوع للنظام القانوني لمجلس المحاسبة، نجد أنه عرف أوضاعا مختلفة في تحديد دوره ومكانته، إلى أن استقر في مرحلة ثالثة [1] وهي التي نظمها

---

1 – خلوفي رشيد، مرجع سابق، ص225–226.

2 – أنظر: المادة 192 من التعديل الدستوري لسنة 2016، ج.ر رقم 14، لسنة 2016.

3 – أ. مجوج نوار، مجلس المحاسبة نضامه ودوره في الرقابة على المؤسسات الإدارية، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في القانون العام،2007، ص23.

الأمر رقم 95–20 المؤرخ في 17 يوليو 1995 المعدل والمتمم بالأمر 10–02 المؤرخ في 26أوت 2010 (2) في مادته الثالثة جعل المجلس جهة قضائية إدارية، وأخضع بعض قراراته لرقابة مجلس الدولة عن طريق الطعن بالنقض، وذلك كما جاء في نص المادة الحادية عشر من القانون العضوي 11–13 المعدل والمتمم للقانون العضوي 98–02 والمتعلق باختصاصات مجلس الدولة : "يختص أيضا – مجاس الدولة – بالنظر في الطعون بالنقض المخولة له بموجب نصوص خاصة".

فكانت المادة مطابقة لنص المادة 903 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على خلاف نص المادة 11 من القانون العضوي 98–02 والتي نصت صراحة على أن مجلس الدولة يفصل في الطعون بالنقض في قرارات الجهات القضائية الإدارية الصادرة نهائيا، وكذا بالطعون بالنقض في قرارات مجلس المحاسبة، وحسنا فعل المشرع تفاديا لأي لبس أو غموض (3).

=

1 – مرّ مجلس المحاسبة بثلاث مراحل مختلفة؛ فالمرحلة الأولى نظمها القانون رقم 80–05 المؤرخ في 1 مارس 1980، ج.ر رقم 10، لسنة 1980، والتي كان يتمتع فيها المجلس باختصاصات إدارية وقضائية، ومرحلة ثانية نظمها القانون رقم 90–32 المؤرخ في 5 ديسمبر 1990، ج.ر رقم 53، 1990، والذي جعله هيئة إدارية فقط، ثم المرحلة الثالثة والتي نظمها الأمر رقم 95–20 المؤرخ في 17 يوليو 1995، ج.ر رقم39، لسنة 1995.

2 – المادة الثالثة من الأمر 95–20 تنص على ما يلي: "مجلس المحاسبة مؤسسة تتمتع باختصاص إداري وقضائي في ممارسة المهمة الموكلة له ".

3 – أنظر: شبري يسمينه، الطعن بالنقض في المادة الإدارية في التشريع الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة الماستر في الحقوق، 2013، ص20.

ولمجلس المحاسبة اختصاصات ذات طابع إداري وأخرى ذات طابع قضائي نصت عيها المادة الثالثة من الأمر 95-20 سالف الذكر، كما له دور استشاري [1]، ويمارس مجلس المحاسبة هذه الاختصاصات القضائية عن طريق قرارات في حالة مراجعة حسابات المحاسبين العموميين، أو تقديم الحسابات ومراجعتها ومراقبة الانضباط في مجال تسيير الميزانية والمالية، كما يختص برقابة التسيير المالي لمصالح الدولة والجماعات الإقليمية، والمؤسسات والمرافق العمومية باختلاف أنواعها التي تسري عليها قواعد المحاسبة العمومية[2].

كما يبسط مجلس المحاسبة رقابته على كل الشركات والمؤسسات والهيئات التي تملك فيها الدولة أو الجماعات الإقليمية أو المؤسسات أو الشركات أو الهيئات العمومية بصفة مشتركة أو فردية، مساهمة في أغلبية رأس المال أو سلطة قرار مهيمنة [3].

ولقد حددت المادة 956 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أجل الطعن بالنقض بقولها: "يحدد أجل الطعن بالنقض بشهرين يسري من تاريخ التبليغ الرسمي للقرار محل الطعن، مالم ينص القانون على خلاف ذلك "[4].

---

[1] - والمهمة الاستشارية نصت عليها المادة 18 من الأمر 10-02 المعدل والمتمم للأمر 95-20 سالف الذكر، أنظر: د. بو حميدة عطا الله، مرجع سابق، ص74.

[2] - المادة السابعة من الأمر 95-20 والمتعلق بمجلس المحاسبة.

[3] - المادة 32 من المرسوم التنفيذي رقم 96-30 المؤرخ في 13 يناير 1996، والمحدد لشروط وكيفيات تطبيق الأمر 95-23 المؤرخ في 26 أوت 1995، والمتضمن القانون الأساسي لقضاة مجلس المحاسبة، ج.ر العدد 04 لسنة 1996.

[4] - القانون رقم 98-09 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مصدر سابق.

وإذا قرر مجلس الدولة نقض قرار مجلس المحاسبة، يفصل في الموضوع بناء على نص المادة 958 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وتجدر الإشارة إلى أن قرارات مجلس المحاسبة الصادرة عن تشكيلة كل الغرف مجتمعة قابلة للطعن بالنقض طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية [1]، فيمكن تقديم الطعن بالنقض بناء على طلب الأشخاص المعنيين أو محام معتمد لدى مجلس الدولة بنقض القرار، فتمتثل تشكيلة كل الغرف مجتمعة للنقاط التي يتم الفصل فيها[2].

وبالنظر في نص المادة 11 من القانون العضوي 98–01 والمتعلق باختصاصات مجلس الدولة، والمادة 110من الأمر 95–20 والمتعلق بمجلس المحاسبة، يمكن أن نلاحظ أن المادة 11 أشارت إلى القرار النهائي، والقرار الصادر بعد المراجعة، والقرار الصادر بعد الطعن بالاستئناف، في حين أن نص المادة 110 قد نص على نوع واحد من قرارات مجلس المحاسبة وهي تلك الصادرة عن كل الغرف مجتمعة.

ولذلك على المشرع أن يعيد صياغة المادة الحادية عشر لتنص فقط على قرارات مجلس المحاسبة الصادرة عن تشكيلة الغرف مجتمعة، لتكون النصوص منسجمة ومتوافقة فيما بينها هذا من جهة، وليبقى لمجلس المحاسبة اختصاص

---

1 – المادة 903 من القانون 98–09 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مصدر سابق.

2 – المادة 115 من الأمر 95–20، مصدر سابق.

الطعن بالاستئناف، ولمجلس الدولة اختصاصه المنطقي والطبيعي وهو الطعن بالنقض [1].

ب – القرارات القضائية الصادرة عن اللجان التأديبية للمنظمات المهنية:

إن القرارات التأديبية وكذلك قرارات اللجنة الوطنية للطعن في مجلس التأديب لمنظمة المحامين، وكذلك الأمر بالنسبة للمحضرين القضائيين، تشكل قرارات قضائية قابلة للطعن بالنقض.

فمنظمة المحامين؛ والتي تتمتع بالشخصية المعنوية ويرأسها نقيب ويتولى إدارتها مجلس المنظمة، لها أهلية لتمثيل مصالح المحامين في دائرة اختصاص المنظمة [2].

إن القرارات الصادرة عن اللجنة الوطنية [3] للطعن، تبلغ لوزير العدل وإلى المحامي المعني وإلى رئيس مجلس التأديب مصدر القرار، وإذا اقتضى الأمر إلى الشاكي والذين يجوز لهم الطعن فيها أمام مجلس الدولة خلال شهرين من

---

1 – د. محمد صغير بعلي، الوجيز في الإجراءات القضائية الإدارية، دار العلوم، 2010، الجزائر، ص 230–231.

2 – المادة 85 من القانون 13–07 المؤرخ في 24 ذي الحجة 1434 الموافق 29 أكتوبر 2013، والمتضمن تنظيم مهنة المحاماة، ج.ر رقم 55، لسنة 2013.

3 – تشكل هذه اللجنة من سبعة أعضاء؛ منهم ثلاثة قضاة من المحكمة العليا ومجلس الدولة من بينهم الرئيس، ويتم تعيينهم بقرار من وزير العدل وأربعة أعضاء من قدماء النقباء، المادة 129 من القانون 13–07، سالف الذكر.

تاريخ التبليغ، ويجب الإشارة إلى أن هذا الطعن لا يوقف قرارات اللجنة الوطنية للطعن [1].

كما أن المشرع الجزائري قد نص على إنشاء مجلس أعلى للمحضرين القضائيين يرأسه وزير العدل حافظ الأختام، ويكلف هذا المجلس بدراسة كل المسائل ذات الطابع العام المتعلقة بالمهنة [2].

إن القرارات الصادرة عن اللجنة الوطنية للطعن [3] تبلغ عن طريق رسالة مضمونة مع إشعار بالاستلام إلى وزير العدل ورئيس الغرفة الوطنية للمحضرين القضائيين في حالة تقديمه طعنا، وإلى النائب العام المختص والمحضر القضائي المعني، ويجوز الطعن فيها أمام مجلس الدولة وفقا للتشريع المعمول به، كما أن هذا الطعن ليس له أي أثر موقف لتنفيذ قرارات اللجنة الوطنية للطعن [4].

---

[1] – المادة 132 من القانون 13–07 لسنة 2013 والمتضمن تنظيم مهنة المحاماة، والمادة 11 من القانون العضوي 11–13 لسنة 2011 المعدل والمتمم للقانون العضوي 98–01، لسنة 1998، والمتعلق باختصاصات مجلس الدولة.

[2] – المادة 39 من القانون رقم 06–03 المؤرخ في 21 محرم 1427 الموافق 20 فبراير 2006، والمتضمن تنظيم مهنة المحضرين القضائيين، ج.ر رقم 14، لسنة 2006.

[3] – تتشكل هذه اللجنة من ثمانية أعضاء أساسيين، أربعة قضاة برتبة مستشار بالمحكمة العليا ومجلس الدولة من بينهم رئيس اللجنة، وأربعة محضرين قضائيين من غير أعضاء المجالس التأديبية، المادة 59 من القانون رقم 06–03 سالف الذكر.

[4] – المادة 63 من القانون 06–03، والمتضمن تنظيم مهنة المحضرين القضائيين، مصدر سابق.

وفي الأخير تجدر الإشارة إلى مدى قابلية القرارات التأديبية الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء للطعن بالنقض، فهل هي قرارات قضائية أم قرارات إدارية؟.

إن مجلس الدولة في فرنسا يعتبر أن المجلس الأعلى للقضاء عندما يبت كجهة تأديبية يصبح جهة ذات طابع قضائي تابعة للقضاء الإداري [(1)].

وفي الجزائر هنالك خلاف من الناحية الفقهية حول طبيعة المجلس الأعلى للقضاء، ولكن من الناحية القضائية وبالضبط على مستوى مجلس الدولة الجزائري، نجد أنه قد أقر اجتهادا بموجب القرار رقم 172994 الصادر في 27 جويلية 1998 مفاده أن القرار الصادر عن تشكيلة المجلس الأعلى للقضاء بصفته هيئة تأديبية؛ هو قرار صادر عن سلطة مركزية مما يعني جواز الطعن فيه بالبطلان [(2)]، واستقر قضاء المجلس على هذا النحو حتى جوان 2005، وبعد 07 جوان 2005 وفي مجموعة من القرارات منها؛ القرار رقم 016886 لسنة 2005، والقرار رقم 025039 لسنة،2006 والقرار رقم 037228 لسنة 2007 كرس المجلس اجتهادا مفاده أن قرارات المجلس الأعلى للقضاء الصادرة عنه بصفته كهيئة تأديبية تكتسي طابعا قضائيا، مما يعني عدم جواز الطعن فيها بالبطلان، وإنما عن الطريق النقض[(3)].

---

[1] – خلوفي رشيد، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص247.

[2] – د. عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص148.

[3] – أنظر: مجلة مجلس الدولة، العدد 09، لسنة 2009، ص57.

وبناء على ما سبق نجد أن المجلس الأعلى للقضاء ليس هيئة قضائية إدارية متخصصة، انطلاقا من الاجتهادات القضائية السابقة الذكر، وأن الهيئات القضائية الإدارية المتخصصة في الجزائر نطاقها ضيق ويتمثل في مجلس المحاسبة واللجان التأديبية على خلاف فرنسا [1].

ومتابعة لمجال الاختصاصات القضائية لمجلس الدولة في الجزائر نجد أن القانون العضوي 11–13 المعدل والمتمّم للقانون العضوي 98–01 والمتعلق بتنظيم مجلس الدولة وعمله واختصاصاته، والقانون رقم 98–09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية قد أكدا أن هذه الاختصاصات القضائية قد تكون بموجب نصوص خاصة، ومن بين هذه الاختصاصات القضائية؛ ما يتعلق بنزاعات الأحزاب السياسية، وحالة رفض اعتماد نشرية دورية، وحالة رفض طلب اعتماد جمعية أجنبية ورفض طلبات الانخراط فيها.

المطلب الثاني: المحاكم الإدارية قاعدة التنظيم القضائي الإداري

نصت المادة 152 من التعديل الدستور الجزائري لسنة 1996 صراحة على مستوى التنظيم القضائي بتبني نظام ازدواجية القضاء إذ جاء فيها: "يؤسس مجلس الدولة كهيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية "[2].

فنجد المؤسس الدستوري قد استعمل عبارة عامة " الجهات القضائية الإدارية" ولم يحددها، وكان الانتظار حتى صدور قوانين 1998 لنعرفها، فكان

---

[1] – الجهات القضائية الإدارية المتخصصة في فرنسا هي: ديون المحاسبة، الغرف الإقليمية للمحاسبة، المجلس الأعلى للقضاء، المجالس الوطنية للهيئات العمومية.

[2] – والمادة 171 من التعديل الدستوري لسنة 2016، الصادر بموجب القانون 16–01، مصدر سابق.

منها القانون العضوي 98-01 في مادته العاشرة والتي نصت على: يفصل مجلس الدولة في استئناف القرارات الصادرة ابتدائيا من قبل المحاكم الإدارية". ليكون ذلك تصريح عن ميلاد المحاكم الإدارية، كهيئات قضائية إدارية على مستوى أدنى درجات التقاضي، وتفصل في المنازعات الإدارية دون غيرها.

ثم القانون رقم 98-02 المؤرخ في 30 ماي 1998[1]، الخاص بالمحاكم الإدارية، والمحتوي على عشرة مواد تضمنت مسائل تنظيم وتشكيل هذه المحاكم وأقسامها الداخلية، وكوادرها البشرية وتسييرها ماليا وإداريا، مع بعض الأحكام الانتقالية [2]، فنصت المادة الأولى من القانون سالف الذكر على مايلي:" تنشأ محاكم إدارية كجهات قضائية للقانون العام في المادة الإدارية".

ثم القانون 08-09[3] والذي تضمَّن مجموعة من الأحكام المتعلقة بعملها، ليصدر بعد ذلك المرسوم التنفيذي رقم 98-365 المؤرخ في 14 نوفمبر 1998[4]، مبينا كيفيات تطبيق القانون رقم 98-02 في 14 مادة وملحق يتعلق بالاختصاص

---

1 – القانون رقم 98-02 المؤرخ في صفر عام 1419 الموافق 30 ماي 1998 والمتعلق بالمحاكم الإدارية، الجريدة الرسمية العدد 37، لسنة 1998.

2 – أحكام انتقالية تمثلت في إعطاء الغرف المحلية الجهوية صلاحية النظر في المنازعات الإدارية بحسب ما تقتضيه قواعد قانون الإجراءات المدنية والإارية، على أن تنتقل جميع القضايا المسجلة على مستوى هذه الغرف إلى المحاكم الإدارية عند تنصيبها (المادة 09 من القانون 98-02).

3 – القانون رقم 08-09، المؤرخ في 18 صفر 1426 الموافق 25 فبراير 2008، والمتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية رقم 21، لعام 2008.

4 – المرسوم التنفيذي رقم 98-365 المؤرخ في 24 رجب 1419 الموافق 14 نوفمبر 1998، والمحدد لكيفيات تطبيق أحكام القانون 98-02 والمتعلق بالمحاكم الإدارية، الجريدة الرسمية العدد رقم 85، لسنة 1998.

الإقليمي، حيث تم الإعلان عن إنشاء واحد وثلاثون محكمة إدارية تنصَّب تباعا متى توفرت الشروط الموضوعية والضرورية لعملها، كما نص على تشكيلة المحكمة، وخصص أحكاما لمحافظ الدولة وكتابة الضبط.

وعدل هذا المرسوم السالف الذكر بموجب المرسوم التنفيذي 11-195[1]، والذي ألغت مادته الثالثة أحكام المادة رقم ثلاثة من المرسوم 98-356 سالف الذكر، ولترتفع عدد المحاكم إلى ثمان وأربعين محكمة إدارية.

وبذلك يكون المشرع قد جعل المحاكم الإدارية صاحبة الولاية العامة بالفصل في المنازعات الإدارية، تجسيدا وتطبيقا لفكرة التخصص والتفرغ لنوع محدد من القضايا والمنازعات.

وانطلاقا مما سبق ذهبت في دراسة هذا المطلب إلى تبيين تنظيم المحاكم الإدارية في فرع أول، وتحديد اختصاصاتها في فرع ثان.

الفرع الأول: تنظيم المحاكم الإدارية

نصت المادة الثانية من المرسوم التنفيذي 98-356 والمتضمن كيفيات تطبيق القانون 98-02، على أنه تنشأ عبر كامل التراب الوطني إحدى وثلاثون محكمة

---

[1] – المرسوم التنفيذي 11-195 المؤرخ في 19 جمادى الثانية 1432 الموافق 22 مايو 2011، المعدل للمرسوم التنفيذي رقم 98-356، الجريدة الرسمية العدد 29، لسنة 2011.

إدارية، أسند لبعضها اختصاص ولاية إدارية واحدة [1]، وللبعض الأخر باختصاص ولايتين [2]، ومحكمة إدارية واحدة ذات اختصاص ثلاث ولايات [3].

ولكن عند مقابلة الأرقام فيما يخص انتشار المحاكم العادية ونطاق اختصاصها المحلي، لا نجد معياراً دقيقا اعتمد عليه المشرع في هذا التوزيع، خاصة عندما نجد ولاية مثل تيزي وزو تغطي نطاق 67 بلدية تابعة لها و38 بلدية تابعة لولاية بومرداس بمجموع قدره 105 بلدية، في حين ولاية كتبسة تغطي 28 بلدية وتامنغست تغطي 10 بلديات... إلخ.

---

1 – وتمثلت في الولايات التالية: أدرار، باتنة، بجاية، البويرة، تمنراست، تبسة، تلمسان، الجزائر، الجلفة، جيجل، سكيكدة، المدية، المسيلة، معسكر، وهران، بمجموع خمسة عشرة محكمة إدارية.

2 – وتمثلت في الولايات التالية: المحكمة الإدارية بالشلف ويمتد اختصاصها لولاية عين الدفلى، المحكمة الإدارية بالأغواط ويمتد اختصاصها لولاية غرداية، المحكمة الإدارية بأم البواقي ويمتد اختصاصها لولاية خنشلة، المحكمة الإدارية ببسكرة ويمتد اختصاصها لولاية الوادي، والمحكمة الإدارية ببشار ويمتد اختصاصها لولاية تندوف، والمحكمة الإدارية بالبليدة ويمتد اختصاصها لولاية تيبازة، والمحكمة الإدارية بتيارت ويمتد اختصاصها لولاية تيسمسيلت، والمحكمة الإدارية بولاية تيزي وزو ويمتد اختصاصها لولاية بومرداس، والمحكمة الإدارية بولاية سطيف ويمتد اختصاصها لولاية برج بوعريريج، والمحكمة الإدارية بولاية سيدي بلعباس يمتد اختصاصها لولاية عين تموشنت، والمحكمة الإدارية بولاية عنابة يمتد اختصاصها لولاية الطارف، والمحكمة الإدارية بولاية قالمة يمتد اختصاصها لولاية سوق اهراس، والمحكمة الإدارية بولاية مستغانم يمتد اختصاصها لولاية غليزان، والمحكمة الإدارية بولاية قسنطينة يمتد اختصاصها لولاية ميلة، والمحكمة الإدارية بولاية ورقلة يمتد اختصاصها لولاية إليزي، ليكون المجموع خمس عشرة محكمة إدارية.

3 – وذات اختصاص ثلاث ولايات وهي: المحكمة الإدارية بولاية سعيدة ويمتد اختصاصها لولاية البيض وولاية النعامة، أنظر: ملحق المرسوم التنفيذي 98–356 لسنة 1998.

وبصدور المرسوم التنفيذي 11–195 بتاريخ 22 مايو 2011 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي 98–356سالف الذكر، نجد المشرع قد رفع من عدد المحاكم الإدارية إلى 48 محكمة إدارية [1] عبر الوطن والذي يساوي عدد الولايات في الجمهورية، مما يرفع هذا اللبس المتعلق بمعيار التوزيع.

وتنص المادة الثالثة من القانون 98–02 المؤرخ في 30 ماي 1998 والمتعلق بالمحاكم الإدارية، عن تشكيلة هذه المحكمة بقولها:" يجب لصحة أحكامها، أن تشكل المحكمة الإدارية من ثلاث قضاة على الأقل من بينهم رئيس ومساعدان اثنان برتبة مستشار، ويخضع قضاة المحاكم الإدارية للقانون الأساسي للقضاة ".

ومن خلال المادة الثالثة سالفة الذكر يتضح لنا اعتماد القضاء الإداري كثيرا على الاجتهاد بتكريس المشرع لضرورة حسم المنازعة الإدارية من قبل ثلاث قضاة على الأقل مجتمعين، ولتحسين الأداء القضائي بما لهم من كفاءة وخبرة في العمل القضائي [2].

كما تنظم المحاكم الإدارية في شكل غرف، يمكن تقسيمها إلى أقسام ، وأسند ذلك لرئيس المحكمة، كما يتولى محافظ الدولة النيابة العامة بمساعدة محافظي دولة مساعدين [3]، ولكل محكمة كتابة ضبط[1]، ويعود تسييرها المالي والإداري لوزارة العدل[2].

---

[1] – المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 11–195 المؤرخ في 19 جمادى الثانية عام 1432 الموافق 22 ماي 2011 المعدل للمرسوم التنفيذي رقم 98–356، ج.ر العدد 29، لسنة 2011.

[2] – أنظر: د. عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري الجزائري، دار ريحانة، الجزائر، 1999، ص 44.

[3] – المادة الخامسة من القانون رقم 98–02، والمتعلق بالمحاكم الإدارية، مصدر سابق.

الفرع الثاني: الاختصاصات القضائية للمحاكم الإدارية

بالرجوع لنص المادة الأولى من القانون رقم 98–02 والمتعلق بالمحاكم الإدارية، نجد أنها قد أعلنت صراحة بأن المحاكم الإدارية هي صاحبة الاختصاص والولاية العامة في مجال المنازعات الإدارية بشكل مطلق وعام، بحيث يحق لها النظر في كل منازعة إدارية عدا المنازعات التي أحال المشرع النظر فيها لمجلس الدولة بموجب القانون.

ليكون المشرع بذلك قد عمل على توحيد جهة القضاء الإداري الابتدائية ممثلة في المحاكم الإدارية، ووسع من قواعد اختصاصها النوعي وألغى الازدواجية في هياكل القضاء الابتدائي المعمول به منذ 1990، ممثلة في الغرف الإدارية المحلية والغرف الإدارية الجهوية.

وبناء على ما تقدم فإن المحاكم الإدارية كأصل عام تصدر عنها قرارات ابتدائية قابلة للطعن فيها بالاستئناف طبقا لنص المادة 800 من القانون 08–09 والمتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية –ما لم ينص القانون على خلاف ذلك – في جميع القضايا أيا كانت طبيعتها، والتي تكون الدولة أو الولاية [3] أو

=

[1] – المادة السادسة من القانون رقم 98–02، المصدر نفسه.

[2] – المادة السابعة من القانون رقم 98–02، المصدر نفسه.

[3] - ونعني بالولاية الشخص المعنوي العام بجميع هيئاته ومصالحه الداخلية، سواء تعلق الأمر بهيئة المداولة، أو هيئة التنفيذ.

البلدية [1] أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية [2] طرفا فيها، وطبقا للمادة 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية كما يلي:

1- دعاوى الإلغاء خارج دائرة اختصاصات مجلس الدولة المقررة بموجب المادة التاسعة من القانون العضوي 98-01 والمادة 901 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وتتعلق بالقرارات المتخذة على المستوى المحلي؛ أي عن الولاية والمصالح الممركزة للدولة على مستوى الولاية، وهي المديريات التنفيذية أو المصالح الخارجية للوزارات.

- والبلدية والمصالح الإدارية التابعة لها، مع أن هذه المصالح لا تتمتع بالشخصية المعنوية وتابعة للبلدية.

- والمؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية، كالمؤسسات العمومية الاستشفائية، والمؤسسات الجامعية....إلخ.

2- دعاوى التفسير خارج دائرة اختصاصات مجلس الدولة المنصوص عليها في المادة التاسعة من القانون العضوي 98-01، والمادة 901 من

---

1 - ويقصد بالبلدية الجماعة الإقليمية القاعدية، والتي تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، وتحدث بموجب قانون.

2 - وتعرّف بأنها: "تنظيم إداري يقوم بإدارة أموال الدولة بصورة غير مباشرة، وفقا للأهداف التي يحددها التنظيم القانوني، وذلك تحت رقابة الدولة"، د. محمد شتا، التنظيم والإدارة في النظام العام، مكتبة عين شمس، 1973، مصر، ص 21.

قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والمتعلقة بالقرارات الإدارية الصادرة عن الولاية أو البلدية أو المؤسسات المحلية الإدارية.

3- دعاوى فحص المشروعية خارج دائرة اختصاصات مجلس الدولة المقررة بموجب المادة التاسعة من القانون العضوي 98-01 والمادة 901 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمتعلقة بالقرارات المراد فحصها والصادرة عن الولاية أو مصلحة خارجية للوزارة أو البلدية أو المؤسسات العمومية المحلية ذات الطابع الإداري.

4- دعاوى القضاء الكامل؛ أي الدعاوى خارج قضاء الإلغاء، والتي تسعى إلى فحص مدى شرعية تصرف قامت به الإدارة والتصدي له بالتعويض عنه، إذا ثبت أن هذا التصرف غير مشروع أو ألحق ضررا بالغير، فهي دعاوى موجهة ضد السلطة الإدارية التي صدر عنها التصرف، وليست موجهة ضد القرار الإداري والذي محله دعوى الإلغاء.

5- القضايا المخولة للمحاكم الإدارية بموجب نصوص خاصة [1].

ومن منطلق أن الاستثناء يؤكد القاعدة ولا يلغيها، وحيث أن القاعدة هي مثول الإدارة أمام القاضي الإداري لا العادي، فالاستثناء أن الإدارة سواء كانت وزارة أو ولاية أو بلدية أو مؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية قد تمثل أمام القضاء العادي إذا نص المشرع على ذلك صراحة، فيمتد حينها اختصاص القضاء العادي لينظر في قضايا تكون الإدارة طرفا فيها.

1

وبالرجوع لنص المادة 802 من القانون رقم 08-09 والمتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية [1]، نجدها تنص على ما يلي: "خلافا لأحكام المادتين 800-801 أعلاه، يكون من اختصاص المحاكم العادية المنازعات الأتية:

1- مخالفات الطرق.

2- المنازعات المتعلقة بكل دعاوى خاصة بالمسؤولية الرامية إلى طلب تعويض الأضرار الناجمة عن مركبة تابعة للدولة، أو لإحدى الولايات أو البلديات أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية ".

فمن خلال ما سبق نستنتج أن قاضي مخالفات الطرق[2] واحد في القانون الجزائري، بغض النظر عن أطراف المنازعة المعروضة عليه سواء كانوا من أشخاص القانون العام أو من أشخاص القانون الخاص، كما أن المركبة المتسببة في الضرر والتابعة للدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية ينظر في المنازعات التي تثور بشأنها والرامية إلى طلب التعويض عن الأضرار الناجمة عنها أمام القضاء العادي، فبذلك كان هناك توحيد للجهة القضائية والإجراءات المتبعة والقانون الواجب التطبيق، طالما هناك مركبة تسببت في الضرر فلا يهم بعد ذلك إن كانت المركبة تابعة لشخص من أشخاص القانون العام أو شخص من أشخاص القانون الخاص.

---

1 - القانون رقم 08-09، المؤرخ في 18 صفر 1426 الموافق 25 فبراير 2008، والمتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر رقم 21، لعام 2008.

2 - مخالفات الطرق تتمثل في حالة اعتداء شخص ما على طريق عمومي، مهما كان تصنيف هذا الطريق وطنيا أو ولائيا أو بلديا بتخريبه أو هدمه أو عرقلة السير فيه. أنظر: د. بو حميدة عطا الله، مرجع سابق، ص94.

أما الاختصاص الإقليمي للمحكمة الإدارية، وطبقا للمادتين 37 و48 من قانون رقم 08-09 والمتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، واللتان أحالت إليهما المادة 803 من نفس القانون، نجد أن المحكمة المختصة إقليميا هي محكمة موطن المدعى عليه، لأن براءة ذمة المدعى عليه هي الأصل، وعلى المدعي تحمل عبء الإثبات وعبء التنقل وغيرها، فمن أراد أن يقاضي ولاية الجزائر، وهو يقيم خارج إقليمها في ولاية أخرى، يجب عليه رفع دعواه أمام المحكمة الإدارية بالجزائر.

وفي حالة تعدد المدعى عليهم المعروف في إطار قواعد القانون الخاص فيعتمد موطن أحدهم [1]، ولكن بما أننا في القانون العام والمحاكم الإدارية فتصور ذلك صعب ولم أطلع على وجود دعوى تخص جهتين معا يخضعان لاختصاص إقليمي لمحكمتين إداريتين؛ أي ولايتين سواء في مجال القرارات أو مجال العقود الإدارية، وإن كان الأمر ووجدت فلا شك أننا سنرى اجتهادا قضائيا إداريا في الموضوع.

ولما كانت القاعدة العامة هي رفع الدعوى في موطن المدعى عليه، فإن الاستثناء هو أن الدعوى ترفع في أمكنة محددة بتوجيه من المشرع في حالات معينة، فحصرت المادة 804 من القانون رقم 08-09 والمتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية هذه الحالات في مايلي:

1- في مادة الضرائب والرسوم، فالمحكمة المختصة هي محكمة فرض الضريبة، وذلك تقريبا لإدارة الضرائب من المحكمة الإدارية.

---

[1] - المادة 38 من القانون 08-09 والمتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مصدر سابق.

2- في مادة الأشغال العمومية، فالمحكمة المختصة مكان تنفيذ الأشغال.

3- في مادة العقود الإدارية مهما كانت طبيعتها، فالمحكمة المختصة مكان إبرام العقد وتنفيذه.

4- بشأن منازعات الموظفين، أو أعوان الدولة أو غيرهم من الأشخاص العاملين بالمؤسسات العامة الإدارية، فأمام المحكمة الإدارية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان التعيين.

5- في مجال الخدمات الطبية، ترفع الدعوى أمام المحكمة التي تقع في دائرة اختصاصها مكان تقديم الخدمات.

6- في مجال التوريدات والأشغال أو تأجير خدمات فنية أو صناعية، فأمام المحكمة التي تقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام الاتفاق أو مكان تنفيذه إذا كان أحد الأطراف مقيما به.

7- في مادة تعويض الضرر الناجم عن جناية أو جنحة أو فعل تقصيري، فالمحكمة المختصة هي مكان وقوع الفعل الضار.

8- في مادة إشكالات التنفيذ، فالمحكمة المختصة هي التي صدر عنها الحكم موضوع الإشكال.

كما نصت المادة 805 من القانون رقم 08-09 والمتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، على أن المحاكم الإدارية المختصة إقليميا بالنظر في الطلبات

الأصلية، تكون مختصة بالنظر في الطلبات الإضافية [1] أو العارضة [2] أو المقابلة [3] التي تدخل في اختصاصها.

المطلب الثالث: محكمة التنازع الفاصلة في تنازع الاختصاص

إن مبدأ المساواة أمام القانون ومبدأ الشرعية وسيادة القانون، لا يتطلبان حتما خضوع النزاعات العادية والإدارية لاختصاص قضاء واحد وقانون واحد، كما أن الحماية القضائية لحقوق وحريات الإنسان لا تتحقق في نظام وحدة القضاء، حيث لا يصح منطقيا وواقعيا أن تخضع العلاقات الإدارية الاستثنائية لاختصاص القضاء العادي، الشيء الذي جعل المشرع الجزائري يهجر النظام القديم في دستور 28 نوفمبر 1996، ويجسد نظام الازدواجية القضائية، فكان من مستلزمات هذا التغير النوعي الذي شهده النظام القضائي في الجزائر، إنشاء هيئات قضائية إدارية مستقلة عن هيئات القضاء العادي، وذلك بفصل جهات القضاء العادي عن جهات القضاء الإداري، حيث أنشأ دستور 1996 مجلس الدولة كأعلى هيئة على رأس النظام القضائي الإداري، ليقابل المحكمة العليا على رأس الهرم القضائي العادي.

---

1 – الطلب الإضافي: هو طلب يقدمه أحد أطراف النزاع من أجل تعديل الطلب الأصلي (المادة 4/25 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية).

2 – الطلب العارض: هو الطلب المرتبط بالطلبات الأصلية، لتعديل يتعلق بموضوع النزاع (المادة 2/25 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية).

3 – الطلب المقابل: وهو الطلب الذي يقدمه المدعى عليه من أجل الحصول على منفعة، فضلا عن طلبه رفض مزاعم خصمه (المادة 5/25 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية).

ولتفادي أي إشكال قد يقع بين النظامين حول مجال عمل واختصاص أية جهة أعلنت المادة 152 من دستور 1996[1] على إنشاء محكمة التنازع ": تؤسس محكمة تنازع تتولى الفصل في حالات تنازع الاختصاص بين المحكمة العليا ومجلس الدولة "، وذلك للتكفل بأي إشكال قد ينتج عن تطبيق الازدواجية في القضاء.

ثم جاء القانون العضوي رقم 98-03 مبينا اختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها [2]، موضحا معالم ومهام هذه الهيئة وخصائصها.

وبناء عليه فمحكمة التنازع هي هيئة دستورية قضائية، تتولى مهمة ذات طابع تحكيمي، جاءت كنتيجة حتمية لتبني الازدواجية القضائية، ومساهمة فعالة في تكريس هذا النظام وتثبيت دعائمه، من خلال ما تصدره من قرارات واجتهادات محددة لمجال اختصاص كل جهة من جهتي القضاء، وذلك لتجنب أهم نقد وجه إلى الازدواجية القضائية؛ ألا وهو صعوبة وضع معيار كفيل يحدد مجال اختصاص كل من القضاء الإداري والقضاء العادي، خاصة وأن هناك منازعات وخصومات تجمع في خصوصياتها بين المنازعة الإدارية والخصومة المدنية، الأمر الذي يفرض وجود فتوى تصدر من جهة أعلى ومؤهلة تتمثل في محكمة التنازع، التي لا تنظر في الموضوع، بل في مسألة تتعلق بالاختصاص.

---

[1] – المرسوم الرئاسي رقم 96-438، المؤرخ في 6 رجب 1417 الموافق 7 ديسمبر 1996، والمتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، في الجريدة الرسمية رقم 76، لعام 1996.

[2] – القانون العضوي رقم 98-03، والمتعلق بمحكمة التنازع، مصدر سابق.

وقد اختلف الفقه في وصف هذه المحكمة؛ فاعتبرها الفقيه ديلوبادير مكملا طبيعيا " Complément normal " لنظام الازدواجية القضائية، ويرى قسم آخر أنها تشكل ركيزة أساسية لتكامل النظام القضائي، وتحقق له التوازن والنجاعة، واتجاه ثالث يعتبرها نتيجة طبيعية منطقية لمبدأ الفصل بين السلطتين الإدارية والقضائية [1].

وسيعالج هذا المطلب تشكيلة محكمة التنازع في فرع أول، ثم يتبع باختصاصاتها في فرع ثان.

الفرع الأول: تشكيلة جهة الحكم

إن وجود محكمة التنازع كمؤسسة قضائية، يستلزم وجود تشكيلة بشرية، هذه التشكيلة البشرية هي التي تسمح بتسيير محكمة التنازع، ولقد تناولت المواد من 05 إلى 11 من القانون العضوي 98–03 [2] الأعضاء الذين تتكون منهم محكمة التنازع وكيفية اختيارهم، ويتمثلون في أعضاء تشكيلة الحكم، وكتابة الضبط المحكمة.

---

1 – أنظر: د. عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص 197.

2 – القانون العضوي رقم 98–03، المؤرخ في 8 صفر 1419 الموافق 3 يونيو 1998، والمتعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها، الجريدة الرسمية العدد رقم 39، لعام 1998.

أولا: تشكيلة هيئة الحكم

نصت المادة الخامسة من القانون العضوي رقم 98-03، والمتعلق بمحكمة التنازع على: " تتشكل محكمة التنازع من سبعة قضاة من بينهم رئيس".

فمحكمة التنازع حسب المواد (5- 7 - 8 - 9) من القانون العضوي رقم 98-03، من رئيس المحكمة وستة قضاة، ومحافظ دولة مع مساعد له، وقد فرق المشرع بين هذه الفئات وجعل لكل منها مركز قانوني خاص.

1- **رئيس محكمة التنازع:** رئيس محكمة التنازع في الجزائر، قاضي يتم تعيينه من طرف رئيس الجمهورية باقتراح من وزير العدل، لمدة ثلاث سنوات بالتناوب بين قضاة المحكمة العليا أو مجلس الدولة، وهذا ما جاء في نص المادة 07 من القانون العضوي 98-03 والتي نصت على: " تعيين رئيس محكمة التنازع لمدة 3 سنوات بالتناوب بين قضاة المحكمة العليا أو مجلس الدولة من قبل رئيس الجمهورية، وباقتراح من وزير العدل، بعد أخذ الرأي المطابق للمجلس الأعلى للقضاء."

وهو نفس المسلك الذي ذهب إليه المشرع التونسي بموجب القانون رقم 38 لسنة 1996، والذي جعل رئاسة مجلس التنازع بين الرئيس الأول لمحكمة التعقيب والرئيس الأول للمحكمة الإدارية، مع اختلاف في مدة الرئاسة حيث جعلت سنتين بدل ثلاث(1).

---

[1] - د. عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص 197.

ومع أن المادة 03 من القانون العضوي 04-11 [1]، والمتضمن القانون الأساسي للقضاء تنص على أن تعيين القضاة يتم بمرسوم رئاسي وباقتراح من وزير العدل، وبعد مداولة المجلس الأعلى للقضاء، إلا أن رئيس محكمة التنازع لم يذكر ضمن فئة القضاة الذين تضمنتهم هذه المادة.

ولعل السبب في ذلك راجع إلى أنه من بين القضاة الذين يختارون من بين قضاة القضاء الإداري بمجلس الدولة، أو قضاة القضاء العادي بالمحكمة العليا، فهم من حيث الأصل معينون بمرسوم رئاسي، ومع ذلك كان الأجدر أن ينص على ذلك صراحة.

2- **القضاة:** إضافة لرئيس محكمة التنازع هناك ستة قضاة، نصفهم من قضاء المحكمة العليا، والنصف الأخر من قضاة مجلس الدولة [2].

حيث جاء في المادة الخامسة في فقرتها الأولى من القانون العضوي رقم 98-03 مايلي: " تشكل محكمة التنازع من سبعة قضاة من بينهم الرئيس".

يتم تعيين أعضاء محكمة التنازع بمرسوم رئاسي صادر عن رئيس الجمهورية كما هو الحال بالنسبة لرئيس المحكمة، وذلك باقتراح من وزير العدل، وأخذا بالرأي المطابق للمجلس الأعلى للقضاء [3].

---

[1] – القانون العضوي رقم 04-11، المؤرخ في 21 رجب عام 1425 الموافق 6 سبتمبر 2004، والمتضمن القانون الأساسي للقضاء، الجريدة الرسمية رقم 57، لعام 2004.

[2] – أنظر: المادة الثامنة من القانون العضوي 98-03، مصدر سابق.

[3] – أنظر: المادة الثامنة الفقرة الثانية من القانون العضوي 98-03، مصدر سابق.

ولكن ما يؤخذ على المادة الثامنة من القانون العضوي 98-03 والمتعلق بمحكمة التنازع، أنها لم تذكر مدة العهدة التي يقضيها القضاة في مناصبهم، ولكن المادة 07 من نفس القانون قد حددت مدة ثلاث سنوات بالنسبة لرئيس محكمة التنازع، ولعلها نفس المدة بالنسبة لبقية القضاة.

كما أن هذه المادة السابقة الذكر لم تنص على إمكانية اختيار قضاة محكمة التنازع لعهدة ثانية.

ولتكون مداولة محكمة التنازع صحيحة يجب أن تتشكل من خمسة قضاة على الأقل، عضوان من المحكمة العليا، وعضوان من مجلس الدولة، ورئيس (1).

3- **محافظ الدولة (2):** إضافة لرئيس محكمة التنازع والقضاة، يعين على مستوى المحكمة قاض بصفة محافظ دولة، يمثل النيابة العامة على مستوى محكمة التنازع (3)، وقد ذكرت المادة 09 من القانون العضوي رقم 98-03 ، عناصر النظام القانوني لمحافظ الدولة بنصها: "إضافة إلى تشكيلة محكمة التنازع المبينة في المادة 5 أعلاه، يعين قاض بصفته محافظ دولة ولمدة ثلاث سنوات من قبل رئيس الجمهورية، باقتراح من وزير العدل، وبعد الأخذ بالرأي المطابق للمجلس الأعلى للقضاء، لتقديم طلباته وملاحظاته الشفوية.

---

1 – أنظر: المادة الثانية عشر في فقرتها الأولى، من القانون العضوي رقم 98-03، مصدر سابق.

2 - في فرنسا وظيفة محافظ الدولة يطلق عليها "وظيفة محافظ الحكومة" أنظر: أ/ موصوف موسى، نظام محافظ الدولة في مجلس الدولة والمحاكم الإدارية، مجلة مجلس الدولة، الجزائر، العدد 4، ص 37.

3 – المادة التاسعة من القانون العضوي 98-03، مصدر سابق.

يعين حسب نفس الشروط المذكورة في الفقرة الأولى أعلاه ولنفس المدة محافظ دولة مساعد.

يقدم محافظ الدولة ومحافظ الدولة المساعد طلباتهما وملاحظاتهما الشفوية".

يتميز النظام القانوني لمحافظ الدولة عن قضاة محكمة التنازع، في نقطة لها أهمية بالنسبة لفكرة التناوب والتمثيل المزدوج الذي يطبع المحكمة ورئاسة المحكمة، فإذا كانت عهدة رئيس محكمة التنازع حددت بثلاث سنوات؛ يعني نفس مدة محافظ الدولة، وإذا كانت كيفية تعيينه تشابه كيفية تعيين القضاة، فإن مسألة مصدره؛ أي بيان الجهة التي يختار منها محافظ الدولة أو مساعده غير مذكورة في المادة 09 من القانون العضوي 98-03، فهذا الفراغ القانوني ولا يخدم فكرتي التناوب وازدواجية الهياكل القضائية [1]، رغم أن هذا النقص قد لا يكون ذا أهمية في النظام القضائي الجزائري، حيث يخضع جميع قضاته دون تمييز لنفس القانون، ولعل إغفال المشرع لذلك راجع إلى المهمة الموكلة لهما، حيث يكتفيان بتقديم طلباتهم دون المشاركة في المداولات.

كما أن هذه المادة – التاسعة –لم تذكر إمكانية التجديد في المنصب لعهدة ثانية، بعد انتهاء العهدة الأولى.

وتتمثل مهام محافظ الدولة المساعد استنادا إلى المادة 3/09 من القانون العضوي 98-03 في تقديم طلباتهما وملاحظتهما الشفوية.

---

1 – د. خلوفي رشيد، قانون المنازعات الإدارية) تنظيم واختصاص القضاء الإداري (، ديوان المطبوعات الجامعية، 2004، الجزائر، ص 271

ثانيا: كتابة ضبط المحكمة

نصت المادة 10 من القانون العضوي 98-03 والمتعلق بمحكمة التنازع على: "يتولى كتابة ضبط محكمة التنازع كاتب ضبط رئيسي يعين من قبل وزير العدل"، فهذه المادة حددت أن محكمة التنازع تتكون من كاتب ضبط رئيسي يختار من بين القضاة كما هو معمول به في مجلس الدولة [1].

كما نصت هذه المادة على الكيفية أو الطريقة التي يتم بها اختيار كاتب الضبط الرئيسي، وهذا ما يدل ضمنيا على وجود كتابة ضبط بأكملها، لأنه من غير المعقول أن تتكون كتابة ضبط هيئة قضائية بحجم وأهمية محكمة التنازع، من كاتب ضبط واحد، وهو ما يستخلص من مصطلحات المادة، كما أن عبارة "كاتب ضبط رئيسي"، فيها دلالة على أن هناك كتاب ضبط آخرين غير رئيسيين.

ونتيجة للنقائص المسجلة حول نص المادة 10 من القانون العضوي 98-03، فأشاطر الأستاذة شنيخر هاجر الرأي ، بضرورة إعادة النظر في نص هذه المادة، فحبذا لو خصص المشرع لكتابة ضبط محكمة التنازع أكثر من مادة، أو على الأقل مادة واحدة تحتوي على عدة فقرات، لتبين تشكيلتها باعتبارها مستقلة عن محكمة التنازع وتعمل تحت وصاية وزير العدل، أضف إلى ذلك ضرورة النص على الكيفية التي يختار بها أعضاؤها، والجهة التي يختارون منها وغيرها

---

[1] - تنص المادة 16 من القانون العضوي رقم 98-01 المتعلق بمجلس الدولة: "لمجلس الدولة كتابة ضبط يتكفل بها كاتب ضبط رئيسي يعين من بين القضاة...".

من الأمور التي يجب توضيحها وإزالة الغموض والإبهام عنها، لتحسين عمل محكمة التنازع [1]، وتعزيز مكانتها كأعلى هيئة قضائية في النظام القضائي الجزائري.

إضافة إلى هذه التشكيلة التي تتكون منها محكمة التنازع تتمتع هذه الأخيرة بهيئات أخرى وهي كالآتي:

- هيئة قضائية تجمع كل القضاة ومحافظ الدولة ومساعده وكاتب الضبط.
- الموظفين والوسائل الضرورية لتسيير محكمة التنازع المذكورة في القانون العضوي 98-03، حيث تنص المادة 11 على: "يضع وزير العدل تحت تصرف رئيس محكمة التنازع الموظفين والوسائل الضرورية لتسييرها".

الفرع الثاني: اختصاصات محكمة التنازع

إن محكمة التنازع باعتبارها الهيئة القضائية التي تتوسط هرمي القضاء العادي والقضاء الإداري، فهي تتمتع بسلطة حل الإشكالات التي قد تطرح بشأن تطبيق الازدواجية القضائية، والمتمثلة أساسا في التنازع الإيجابي والسلبي للاختصاص، وقد يذهب الأمر بين الجهتين إلى إصدار أحكام نهائية متناقضة صادرة عن جهتي القضاء العادي والقضاء الإداري، وهي نفس الحالات الواردة

---

[1] – أنظر: أ. شنيخر هاجر، "تنازع الاختصاص بين القضاء العادي والإداري"، مجلة المفكر، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، العدد 06، 2010، بسكرة، ص 276.

في القانون الفرنسي، وفيما يلي بيان إشكاليات تنازع الاختصاص، وإشكاليات تناقض الأحكام:

أولا: حل إشكاليات تنازع الاختصاص

إن تبني الازدواجية القضائية وما ينتج عنها من إشكالات تنازع الاختصاص التي يعتبرها البعض أهم عيوبها [1] نجدها قد تكون عند تمسك كل من جهات القضاء العادي والإداري باختصاصها بالنظر في دعوى معينة، ويسمى حينها تنازع إيجابي، وبالمقابل نجد تنازع الاختصاص السلبي، بأن تتمسك كل من جهة القضاء العادي والإداري بعدم اختصاصها بالنظر في دعوى معينة.

1- **تنازع الاختصاص الإيجابي:** يعتبر تنازع الاختصاص الايجابي الصورة الأولى من صور تنازع الاختصاص التي تتولي محكمة التنازع مهمة النظر والفصل فيه، وتنص المادة 16 من القانون العضوي 98-03، والمتعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها على:"يكون تنازعا في الاختصاص عندما تقضي جهتان قضائيتان إحداهما خاضعة للنظام القضائي العادي والأخرى خاضعة للنظام القضائي الإداري، باختصاصهما أو بعدم اختصاصهما للفصل في نفس النزاع.

يقصد بنفس النزاع عندما يتقاضى الأطراف بنفس الصفة أمام جهة إدارية وأخرى قضائية، ويكون الطلب مبنيا على نفس السبب ونفس الموضوع المطروح أمام القاضي."

1- Martine Lombard et Gilles Dumont, Droit administratif, tome5, Dalloz, paris, 2003, p327.

وما تجدر الإشارة إليه إن المشرع الجزائري قد جمع في المادة 16 من القانون العضوي 98-03، بين التنازع الإيجابي والتنازع السلبي وأعطاهما تعريفا مقتضبا وغير كافي، لذا كان من الواجب عليه أن يكون أكثر دقة ووضوحا في تحديد المفاهيم، وذلك بتخصيص مادة مستقلة لكل حالة من حالات النزاع يحدد فيها مفهومها وشروطها [1].

فالتنازع الإيجابي يتحقق عندما تتمسك جهتان قضائيتان، إحداهما خاضعة للنظام القضائي العادي والأخرى خاضعة للنظام القضائي الإداري، باختصاصها بالنظر في نفس الدعوى [2].

إن حالة التنازع الإيجابي تجعلنا أمام وضع قانوني غير سليم، يحمل إشكالا قانونيا، إذ كيف تقدر كل من جهة القضاء العادي وجهة القضاء الإداري اختصاصهما بالفصل في نفس النزاع، كأن تعترف جهة القضاء الإداري بأن عقدا ما هو من العقود الإدارية، وتعترف المحكمة المدنية بالطابع المدني لنفس العقد.

إن هذا الوضع المتناقض يدلنا على أن هناك خطأ في التكييف وتصور مختلف لنفس القضية والموضوع، ولو ترك الأمر على حاله لتناقضة الأحكام والقرارات القضائية الصادرة عن جهة القضاء العادي والقضاء الإداري، بالرغم من وحدة

---

[1] – أ. شنيخر هاجر، مرجع سابق، ص. 39-37

[2] – بولعراوي الصادق، النظام القضائي الجزائري في المواد الإدارية بين الوحدة والازدواجية (الهيئات والاختصاصات)، رسالة ماجستير، جامعة سطيف، دون سنة مناقشة، ص30.

النزاع والأطراف والسبب، ولكن الحقيقة أن القضية إما أن تكون من اختصاص القضاء العادي أو القضاء الإداري، ولا تكون من اختصاصهما معا، وهو الأمر الذي أكدته محكمة التنازع [1].

ويرى الأستاذ خلوفي رشيد في هذا الصدد، أن المشرع الجزائري في نص المادة 16 من القانون العضوي 98-03، قد أخطأ في وضع تعريف للتنازع الإيجابي، لكونه لا يتماشى ومفهوم الازدواجية القضائية وهدفها المتمثل في منع القضاء العادي من الفصل في المنازعات التي تكون الإدارة طرفا فيها، وإسنادها إلى قضاء إداري مستقل[2]، فعندما ترى السلطة الإدارية بأن القضاء العادي بصدد النظر في قضية تدخل في نطاق اختصاص القضاء الإداري، يتم تحريك التنازع الإيجابي من خلال إتباع إجراءات خاصة، وهو المفهوم المتبع في فرنسا[3]، حيث أعطى المشرع الفرنسي للمثل الإدارة صلاحية الدفع بعدم اختصاص القاضي المدني للبت في منازعة إدارية، وعندما يرفض القاضي ذلك يتعين على ممثل الإدارة اللجوء لمحكمة التنازع.

أما في الجزائر نجد أن المشرع قد وحد إجراءات رفع النزاع أمام محكمة التنازع في كل صور التنازع السلبي، الإيجابي، وحتى تناقض الأحكام، ترفع الدعوى بموجب عريضة مكتوبة، تودع وتسجل بكتابة ضبط محكمة التنازع.

---

1 – أنظر: قرار محكمة التنازع، الملف رقم 28، الفهرس رقم 05، بتاريخ 2005/07/17، مجلة مجلس الدولة، العدد الثامن، 2006، ص 256.

2 – **د.** خلوفي رشيد، محكمة التنازع، مرجع سابق، ص 21.

3 - Serge Petit, Le tribunal des conflits, Imprimerie de presse universitaire, France, 1994, p61.

ومن بين الاجتهادات القضائية الواردة في هذا الإطار نجد ملف القضية رقم 67 [1]، بين (م ل) والسيد والسيد والي ولاية وهران، إثر التنازع الإيجابي في الاختصاص بين المحكمة العليا ومجلس الدولة حول أملاك للدولة، أين تم الفصل فيه بموجب قرارين؛ أحدهما صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2005/01/21، والذي نقض القرار الصادر عن المجلس القضائي لوهران، والآخر صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2006/05/10، الذي أيد القرار الصادر عن قضاء مجلس وهران، الذي أبطل قرار لجنة التنازع عن أملاك الدولة، وبالتالي إبطال العقد الإداري المشهر وطرد المدعى عليه، ولهذا قررت محكمة التنازع قبول وجود التنازع الإيجابي في الاختصاص وإسناد الفصل في النزاع إلى القضاء الإداري، وبالتالي بطلان قرار المحكمة العليا.

2- **تنازع الاختصاص السلبي:** يعتبر التنازع السلبي الصورة الثانية من صور تنازع الاختصاص، التي يعود الفصل فيه إلى محكمة التنازع، وكافة الدول التي تبنت الازدواجية القضائية حظيت بالإجماع على مفهوم التنازع السلبي، مع أن ذلك لا يمنع من وجود بعض الاختلافات بينهما خاصة في الشروط، ويعود ذلك إلى الاختلاف في قانون الدولة ومرونته.

ويكون التنازع سلبيا حينما تمتنع جهة القضاء العادي وجهة القضاء الإداري بالنظر في الدعوى[2]، فتعتبر هذه الصورة من التنازع وضعية قانونية

---

[1] – الملف رقم 67، قرار صادر بتاريخ 2008/05/18، المنشور بمجلة المحكمة العليا، عدد خاص، محكمة التنازع، لسنة 2009، ص 227–237.

[2] – محمود خلف الجبوري، القضاء الإداري، منشأة المعارف للنشر والتوزيع،2000، الإسكندرية، ص 20.

مخالفة لوضعية التنازع الإيجابي[1]، فيتحقق التنازع السلبي عندما تقوم جهتي القضاء الإداري والعادي بإصدار حكمين[2]، يقضيان بعدم اختصاصهما في ذات النزاع، واعتقاد كل جهة بأنها غير مختصة بالنظر في الدعوى، لأنها ترى أن موضوع الدعوى يندرج ضمن اختصاص القضاء الآخر، كأن يرفع شخص دعوى أمام القضاء الإداري فيقضي بعدم اختصاصه، فيتوجه إلى القضاء العادي ليرفع ذات النزاع فيحكم القضاء العادي كذلك بعدم اختصاصه، وهو ما ينتج عنه الوقوع في حالة إنكار العدالة، وهذا الأمر يتنافى ومقتضيات العدالة والقانون الطبيعي وحقوق الإنسان، إذ تقضي العدالة أن لكل مشكلة أو نزاع جهة تنظر فيه، أما أن نكون أمام دعوى وتنفي كل جهة قضائية اختصاصها الأمر الذي يجعلنا نكون في وضع غير مقبول وجب تصحيحه، وهو ما تقوم به محكمة تنازع الاختصاص، من خلال إصدار حكم ببطلان أحد الحكمين بعدم الاختصاص، وأن إحدى الجهتين التي قامت بإصدار الحكم الذي قضى بإلغائه قد أخطأت في تقرير عدم اختصاصها، الأمر الذي يوجب عليها النظر في الدعوى، ويعتبر حكم هذه الهيئة في هذا التنازع حكما نهائيا وغير قابل للطعن.

إن أساس التنازع السلبي يتجلى في حماية مصالح الأفراد المتقاضين من أن يكونوا ضحية إنكار العدالة [3]، كما أن القاضي الذي أنكر العدالة سوف يتعرض

---

[1] – د. عمار بوضياف، القضاء الاداري في الجزائر، جسور للنشر والتوزيع، 2008، الجزائر، ص202.

[2] – د. عبد الغني بسيوني، القضاء الإداري، منشأة المعارف،1996، الإسكندرية، ص402.

[3] – القاضي إن هو أنكر العدالة جعله المشرع موضع مسؤولية مدنية، انظر المادة 214 من القانون القانون رقم 08–09، المؤرخ في 18 صفر 1426 الموافق 25 فبراير 2008، والمتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر رقم 21، لعام 2008.

وفقا لقانون العقوبات [1]، إلى الحرمان من ممارسة الوظائف العمومية من 05 سنوات الى 20 سنة، وبغرامة تقدر ب 750 إلى 3000 دج.

ولقيام حالة التنازع السلبي للاختصاص يجب توفر الشروط التالية [2]:

- أن يكون هناك حكمان صادران عن كل من جهة القضاء الإداري وجهة القضاء العادي يقرران عدم اختصاصهما بالنظر في الدعوى [3]، ويعنى ذلك أن ترفض كل من جهتي القضاء العادي والقضاء الإداري الفصل في الدعوى المعروضة عليها، بحكم تقرر فيه عدم اختصاصها [4].
- أن نكون أمام حكمين يقضي كلاهما بعدم الاختصاص على أساس أن موضوع النزاع هو من اختصاص الجهة القضائية الأخرى [5].
- كما تشترط الوحدة في النزاع من حيث الموضوع، السبب [6]، والأطراف، أمام كل جهة من جهتي القضاء، بمعنى أن يكون الحكمين صادرين في

---

1 – أنظر المادة 136 من قانون 09–01، المؤرخ في 3 فيفري2009، والمتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم بالقانون رقم 16–02، المؤرخ في 14 رمضان عام 1437 الموافق 19 يونيو سنة 2016، الجريدة الرسمية رقم 37، لعام 2016.

2 – مستخلصة من المادتين 16 و17 من القانون العضوي رقم 98–03، مصدر سابق.

3- Olivier Gohin, Contentieux administrative ,7émeEd, lexis Nexis, 2012, p73.

4 – أنظر: أ. شنيخر هاجر، مرجع سابق، ص 393

5 – د.محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، منشو ا رت الحلبي الحقوقية،2002، لبنان، ص 419.

6 – قرار محكمة التنازع، الصادر في 255/07/17، ملف رقم 28، مجلة مجلس الدولة، العدد الثامن، 2006، ص 256.

مواجهة الخصوم أنفسهم، وفي ذات الموضوع، ونفس السبب [1].

- أن يكون حكمي عدم الاختصاص نهائيين [2] حائزين على قوة الشيء المقضي فيه؛ أي أنهما غير قابلين لأي طعن أمام أي جهة من جهات القضاء [3].

وفي هذا الشأن يرى الدكتور خلوفي رشيد أن الشرط الموجود في نص المادة 17 من القانون العضوي 98–03، والمتمثل في عدم إمكانية رفع تنازع الاختصاص السلبي إلا بعد نفاذ كل الطعون، غير ناجح وسليم لعدة أسباب أهمها:

لو فرضنا أن متقاضي معين أراد أن يرفع دعواه أمام محكمة التنازع، فيجب عليه أن ينتظر وصول القضية المسجلة أمام المحاكم إلى الدرجة القضائية الأعلى –مجلس الدولة أو المحكمة العليا–، وكذا انتظاره لانقضاء مواعيد الطعن، مع أن المسألة في الحقيقة لا تمس بصلب الموضوع، وإنما بتحديد الجهة القضائية المختصة فقط.

كما أن هناك افتراض يتعلق بالمتقاضي الذي لم يطعن في الحكم الصادر عن الدرجة القضائية الأولى –المحاكم، المحاكم الإدارية–، هل يحق له رفع دعواه أمام محكمة التنازع، لكون أن قراره أصبح غير قابل لأي طعن؟، إن

---

1 – أنظر: د. حسين عثمان محمد عثمان، قانون القضاء الإداري، منشو ا رت الحلبي الحقوقية، لبنان،2006، ص 319.

2 – قرار محكمة التنازع، بتاريخ 2007/11/13، ملف رقم 30، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، 2009، ص 73.

3 - أ. شنيخر هاجر، مرجع سابق، ص 399.

الجواب بالطبع لا يكون إلا بلا؛ لأن المادة 152 من دستور 1996، تسمح بإخطار محكمة التنازع في حالة القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا، ولذلك لا يمكن للمتقاضي في هذه الفرضية الثانية رفع دعواه أمام محكمة التنازع، عكس ما نجده في القانون الفرنسي أين يمكن للمتقاضي أن يتوجه إلى محكمة التنازع بعدما تقضي محكمة عادية أو إدارية بعدم اختصاصها ولم يكن حكمها نهائي.

كما نجد أن المشرع الجزائري في القانون العضوي 98–03 قد أغفل شرط موجود عند نظيره الفرنسي، ألا وهو حالة التصريح بعدم الاختصاص خطأ من طرف أحد القاضيين، لأن عدم اختصاصهما [1] الفعلي لا يعتبر تنازع اختصاص سلبي، كما في حالة أعمال السيادة [2] التي يستطيع فيها كل من القاضي العادي والإداري ألا يفصل فيها.

ومن بين القرارات الصادرة من محكمة التنازع في هذا الإطار، القرار الصادر في 2008/03/16 الذي قضت فيه محكمة التنازع بوجود تنازع سلبي في الاختصاص وإسناد مهمة الفصل في القضية إلى الغرفة الاجتماعية لمجلس قضاء قسنطينة، وإبطال قرار الغرفة الإدارية [3].

---

[1] – د. خلوفي رشيد، قانون المنازعات الإدارية) تنظيم واختصاص القضاء الإداري (، مرجع سابق، ص 399 –398.

[2] - Gustave Peiser, Contentieux administratif, 12émeEd, Dalloz, Paris, 2001, p 94.

[3] - قرار محكمة التنازع، بتاريخ 2008/03/16، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، 2009، ص 59–61.

ثانيا: حل إشكاليات تناقض الأحكام

تذهب كثير من الأبحاث والدراسات إلى أن هذا النوع من أنواع التنازع ظهر لأول مرة في فرنسا نتيجة عدة قضايا، نذكر على سبيل المثال قضية السيدة "بيتي"، و" لوكانو"، وكذا قضية السيد "روزاي" Rozay، التي تعد من أهم القضايا وأشهرها وكان ذلك في 20 أفريل سنة 1932، وتتلخص وقائع هذه الأخيرة في أن تصادما وقع بين سيارة تابعة للجيش وسيارة خاصة كان يركب فيها السيد روزاي، نتج عنه إصابة هذا الأخير بإصابات خطيرة، فقام برفع دعوى أمام القضاء العادي طالبا التعويض من سائق السيارة الخاصة، فقضى القاضي العادي برفض الدعوى، بحجة أن السائق المذكور لم يرتكب أي خطأ، فتقدم المدعي برفع دعواه أمام القضاء الإداري يطالب فيها الإدارة بالتعويض عما أصابه من ضرر جراء خطأ سائق المركبة الحكومية، فقضى هو الأخر برفض الدعوى لانتفاء خطأ هذا الأخير، فوجد المضرور نفسه أمام حالة من عدم إنصاف العدالة للسيد "روزيه" وجبر الضرر الذي لحقه، خاصة أن كل حكم من الحكمين كان يحمل المسؤولية بطريقة ضمنية للطرف الأخر[1].

وكان من حسن حظ السيد "روزيه" أن محاميه كان نائبا في البرلمان الفرنسي، والذي سعى إلى تقديم مشروع قانون يتعلق بمعالجة هذا المشكل وكيفية حله، فتدخل المشرع الفرنسي بموجب القانون الصادر في 20 أفريل 1932، والذي عالج هذا الإشكال بإضافة حالة أخرى من حالات التنازع بعيدا عن حالتي تنازع

---

[1] - د. ماجد ا رغب الحلو، القضاء الإداري، منشأة المعارف،2002، مصر، ص 243.

الاختصاص (الإيجابي والسلبي)، فقررت محكمة التنازع بخصوص هذه القضية في قرارها الصادر في 8 ماي 1933؛ أن الدولة وسائق السيارة الخاصة مسؤولان مسؤولية مشتركة [1]، والملاحظ على هذا القرار أن محكمة التنازع تصدت بنفسها لحل النزاع، وذلك بإصدار حكم يختلف عن السابقين ويناقضهما، ولم ترجح أي منهما بحكم نهائي غير قابل للطعن فيه [2]، كما أقرت هذه الحالة في مصر بموجب قانون المحكمة الدستورية العليا [3].

وفي الجزائر عالج المشرع الجزائري حالة تناقض الأحكام بموجب المادة 17 من القانون العضوي 98-03 بنصه:" في حالة تناقض بين أحكام نهائية، ودون مراعاة للأحكام المنصوص عليها في الفقرة الأولى أعلاه، تفصل محكمة التنازع بعديا في الاختصاص".

فيقصد بهذه الحالة إذن؛ قيام كل من جهتي القضاء العادي والقضاء الإداري بإصدار حكم نهائي في ذات الموضوع بصورة يتعارض فيها الحكمان، ويكون ذلك عند رفع دعويين مستقلين عن بعضهما البعض في نفس الموضوع والوقائع، الأولى أمام المحاكم العادية، والأخرى أمام المحاكم الإدارية، ثم تقضي

---

[1] - Martine Lombard et Gille Dumont ‹Droit administratif ‹Tome5, Dalloz, Paris, 2005, p 230.

[2] – د. بسيوني عبد الغني عبد الله، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 404.

[3] – أنظر: د.سالم بن راشد العلوي، القضاء الإداري، ج 6، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009، عمان، ص 226.

كلاهما في موضوع النزاع ويصدر عنهما حكمان نهائيان يتعذر تنفيذهما بالنظر للتناقض الواقع بينهما [1]، مما يؤدي إلى إنكار العدالة [2].

وبالعودة إلى نص المادة 17 من القانون السالف الذكر، نجد أن المشرع الجزائري قد أدرج الاختصاص الثاني لمحكمة التنازع ضمن الإجراءات، وجعلها في معزل عن بقية اختصاصاتها المدرجة ضمن المادة 16 من نفس القانون، الذي كان من المفروض أن يكون المشرع أكثر منهجية عند وضعه لهذا القانون.

كما أن المشرع مرة أخرى لم يوظف المصطلحات توظيفا سليما، وكذا اختصاره في صياغة المواد إلى درجة فقدانها لمعناها، كعبارة " تفصل بعديا في الاختصاص" هو مصطلح أكثر غرابة؟ وماذا قصد المشرع منه؟ فحسب رأي الدكتور رشيد خلوفي هو تقليص لمهام محكمة التنازع [3]، ولعلّ المشرع أراد من خلال استعمال هذه العبارة التفرقة والتمييز بين الدور الذي تقوم به محكمة التنازع في تناقض الأحكام وبين الدور الذي تقوم به في تنازع الاختصاص، لأن هذا الأخير يكون قبل تطرق جهتي القضاء لموضوع النزاع –سواء إيجابي أو سلبي –، بينما يكون دورها في تناقض الأحكام بعد فصل جهتي القضاء في موضوع النزاع، وإصدار كل جهة لحكم يناقض ذلك الصادر من الجهة الأخرى.

---

1 – د.فهد عبد الكريم أبو العثم، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2011، عمان، ص181.

2- Martine Lombard et Gillets Dumont, Droit administratif, op cit ،p330

3 – د. خلوفي رشيد، "محكمة التنازع"، مقال بمجلة الموثق، دورية داخلية متخصصة، العدد السابع، 1999، ص 42.

ويشترط لوجود حالة التنازع في صورة أحكام متناقضة شروط تحملها المادة 17 في طياتها تتمثل في:

- يجب أن يصدر حكمان نهائيان في موضوع الدعوى؛ أي أن يقوم كل من القضاء العادي والإداري بإصدار حكمين نهائيين في موضوع نزاع واحد.
- وأن يكون المدعي قد استنفذ كل درجات التقاضي [1]؛ أي أن يكون هاذين الحكمين قد حسما النزاع [2]، وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد وقع في خطأ، عندما استعان بمصطلح " أحكام " بدلا من مصطلح " قرارات " الذي يعتبر المصطلح الصحيح، فمن باب المنطق أن يكون التناقض بين القرارات النهائية وليس بين الأحكام النهائية، ففي هذه الأخيرة تكون طرق الطعن لا زالت متاحة أمام المتقاضين.
- كما يجب أن يكون الحكمين متناقضين؛ أي أن يصل التناقض هذا إلى درجة استحالة تنفيذهما معا، وقد قبلت محكمة التنازع في قرارها رقم 11 الصادر في 09 أكتوبر 2000، الفصل في الدعوى المرفوعة إليها شكلا،

–[1] د. محمود سلامة جبر، المنازعة الإدارية وحل إشكاليات تنازع الاختصاص بين المجلسين الإداري والمدني، مجلة

. قضايا الحكومة، العدد الرابع،1980، ص. 87

–[2] د. مصطفى أبو زير فهمي، القضاء الإداري مجلس الدولة وقضاء الإلغاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص378.

لأنها تتعلق بتناقض قرارين نهائيين، رغم أن القرار الأول صادر عن مجلس قضاء البليدة، والثاني عن مجلس الدولة.

- أن يكون التناقض في النزاع متعلق بالموضوع لا بالاختصاص، لأن هذه الأخيرة تحل بواسطة تنازع الاختصاص السلبي، فمحكمة التنازع هي الحل الأخير وليس الأول، إذ قبل اللجوء إليها يجب إصلاح الوضع على مستوى كل جهة؛ وذلك من خلال الطعن في أحكام الاختصاص، وذلك لتفادي تراكم القضايا، وكذا بطء الفصل فيها، الذي يؤدي دون شك إلى تعطيل العمل القضائي.

الباب الثاني
القاضي الإداري
وتعامله مع المادة الإدارية
وتطبيقاته القضائية في ذلك.

تمهيد

إن القاضي الإداري في الغالب الأعم لا يجد إلا مجموعة من النصوص القانونية المتعددة والمتشابكة، والتي يعتريها في كثير من الأحيان النقص وعدم الوضوح، وأمام هذه المعضلات المتعددة الأشكال في الصياغة الفنية، والشمول القانوني، إضافة إلى عدم الاتفاق على المبادئ العامة التي يسترشد بها القاضي الإداري في حالة عدم وجود نص يحكم النزاع المعروض عليه، أو في حالة وجود نص ولكن به مشاكل تتعلق بالصياغة اللغوية، أو عموم أو إطلاق، أو أن النص به إبهام أو غموض.

ولقد حاول مجلس الدولة الفرنسي أن يجد حلا لهذه المشاكل وأن يجيب عنها بقوله: "إن من المعروف أن مجلس الدولة على خلاف محكمة التمييز ليس معتادا أن يُفصّل في أحكامه كل الحيثيات القانونية التي يسبب بها أحكامه، ولكن هذه الأحكام وبالرغم من عدم وجود نصوص تعتمدها أحيانا كأساس تقوم عليه، فإنها وبالرغم من ذلك تجد أساسها في المبادئ العامة التقليدية المكتوبة وغير المكتوبة المتلاحمة في مجال القانون العام والإداري"(1).

وفي نفس السياق أكد رئيس مجلس الدولة الفرنسي " *Bauffandeau* " في كلمته في احتفالية مرور مائة وخمسون عاما على تأسيس مجلس الدولة الفرنسي

1- V. La Ferrière : Traité de la juridiction administrative, 2eme édition, Berger-Levrault, Paris. 1896, p98.

بقوله : "يجب أن أشير كذلك إلى التطبيقات الحديثة لقضاء مجلس الدولة لنظرية جريئة بالنسبة لنظام قانوني مكتوب كنظامنا، تلك هي المبادئ العامة للقانون، فهناك مجموعة من القواعد القانونية غير المكتوبة، ولها قيمة تشريعية، تمكن القضاء الإداري من التحقق من وجودها، مما أدى إلى أن يتحقق بذلك منفذ إنشائي للقضاء على أساس من المقتضيات العليا للعدالة لضمان صيانة الحقوق الفردية للمواطنين"[1].

كما أن مبدأ المشروعية يمثل أهم الضمانات الصريحة والواضحة للأفراد في مواجهة المخاطر التي تتربص بحقوقهم وحرياتهم، ولقيام هذا المبدأ لابد من وجود وسائل تكفل احترام الإدارة له، وأهم وسيلة لتحقيق ذلك وجود رقابة القضائية على أعمال الإدارة، فهي الضامن الحقيقي والفعال لإعلاء سيادة مبدأ المشروعية في الواقع العملي [2]، فالهدف إذن من رقابة القضاء على أعمال الإدارة، هو الحد من تعسف هذه الأخيرة في استعمال سلطاتها والامتيازات التي أقرها القانون لها.

وللقضاء الإداري الجزائري ومجلس الدولة الفتي نسبيا، دور كبير في إثراء المادة الإدارية في الجزائر، وإن كان دوره لا يقارن بالقضاء الإداري المقارن وخاصة في فرنسا، إلا أنه له مساهمات بتطبيقاته القضائية في تكوين هذه المنظومة لا يمكن إنكارها.

---

1 - Maxime Letourneur, les principes généraux du droit dans la jurisprudence du conseil d'état, Imprimerie nationale, Paris, 1951, p 19.

2 – د. خالد سيد محمد حماد، حدود الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2013، القاهرة، ص 10.

ولذلك قسمت هذا الباب الثاني إلى فصلين اثنين هما:

- **الفصل الأول:** دور القاضي الإداري بين المادة الإدارية والسلطة التقديرية للإدارة.
- **الفصل الثاني:** تطبيقات قضائية في المادة الإدارية.

الفصل الأول
دور القاضي الإداري
بين المادة الإدارية والسلطة التقديرية للإدارة

تذهب القاعدة العامة إلى أن القاضي في أي منازعة عليه أن يلتزم بالفصل فيها، ولتحقيق ذلك الهدف يجب عليه أولا وبصفة ملزمة أن يبحث عن الحل في المادة والنص القانوني الذي يحكم النزاع المعروض عليه، فإن لم يجد توجه نحو المصادر الاحتياطية، وبالترتيب الذي يفرضه المشرع، ولا يمكن الاحتجاج بعدم وجود نص قانوني، فعليه أن يجتهد ويبدع في إيجاد حكم وحل للنزاع المعروض عليه.

وإذا كان الكلام السابق يلزم القاضي بصفة عامة سواء عادي أو إداري، إلا أن القاضي الإداري وضعه أكثر تعقيدا من وضع القاضي العادي، وذلك بسبب أن المادة الإدارية حديثة الولادة نسبيا مقارنة بالقانون المدني، كما أن التنظيم والنشاط الإداري والمنازعة الإدارية، كلها أمور سريعة التطور وغير ثابتة، الأمر الذي يجعل المشرع غير قادر على مواكبة هذا التطور، مما ينعكس على القاضي الإداري الذي يجد نفسه أمام منازعات كثيرة ولا مادة إدارية تحكمها، الأمر الذي يضطره إلى ابتكار وإيجاد حل قانوني يطبقه على النزاع المعروض عليه[1].

---

[1] – د. محمد الشافعي أبو راس، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 20.

فحل النزاع من طرف القاضي الإداري يتم من خلال تطبيقه للقاعدة القانونية الملائمة للنزاع المعروض عليه، وفي هذا الإطار نجد أن سلطته تتدرج حسب طبيعة القاعدة القانونية الواجبة التطبيق، إذ تأخذ هذه السلطة ثلاث أشكال مراحل، فمرحلة تكون فيه هذه السلطة مقيدة، وهي في الحالات المتعلقة بتطبيق قاعدة قانونية واضحة لا لبس فيها، وفي مرحلة ثانية يخفف المشرع من شدة التقييد على سلطة القاضي الناظر في موضوع النزاع، ويكون ذلك في الحالة التي تكون فيها القاعدة القانونية الواجبة التطبيق غير واضحة ومبهمة، مما يتعين على القاضي العمل على تفسيرها قبل تطبيقها، ثم مرحلة أخيرة تصبح فيها سلطة القاضي الإداري واسعة وغير مقيدة، فيترك فيها المشرع للقاضي حرية اختيار القاعدة القانونية الواجبة التطبيق من مجموعة من المصادر المكتوبة وغير المكتوبة، بل قد يجتهد ويبتكر قاعدة ومبدأ يطبقه على النزاع المعروض عليه، ليكون بعد ذلك نظرية لها أصولها وقواعدها ويتبناها المشرع غالبا في كثير من قواعده التشريعية.

كما أن الإدارة تمارس أعمالها الإدارية القانونية، وخصوصا القرارات الإدارية بصفة دائمة، بسبب أنها في علاقة مستمرة مع الأفراد، ونتيجة لطبيعة هذه العلاقة ودور الإدارة وما تتمتع به من سلطات وامتيازات، لا يمكن للمشرع أن يقيد اختصاصاتها، إلا أن ذلك لا يجعلها تخرج عن رقابة القاضي الإداري عليها كما كانت عليه في الرقابة التقليدية سابقا، بالنظر لتطور القضاء الإداري المقارن في هذه المسائل، وإثبات فعاليته من خلال ممارسة سلطته القضائية في الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة بنظريات وطرق حديثة، على أساس مختلف

مصادر القانون والمبادئ العامة للقانون والاجتهادات القضائية، أي المفهوم الواسع والعام للتشريع، بعدما كان يمتنع عن رقابتها مستندا على المفهوم الضيق والمحدود للتشريع، معتمدا على النصوص التشريعية والتنظيمية[1].

وبناء على ما سبق ذهبت في تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين اثنين هما:

- المبحث الأول: دور القاضي وتعامله مع النص لخلق المادة الموضوعية.
- المبحث الثاني: القضاء الإداري والرقابة على السلطة التقديرية للإدارة.

---

[1] – د. محمد مصطفى حسن، الرقابة القضائية على حدود السلطة التقديرية للإدارة، مجلة العلوم الإدارية، السنة الثانية والعشرون، العدد الأول،1980، القاهرة، ص10.

المبحث الأول: دور القاضي وتعامله مع النص لخلق المادة الموضوعية

قد يعتقد البعض أن القاضي الإداري لا يتدخل لإنشاء قاعدة قانونية إلا عند عدم وجود نص قانوني يطبقه على النزاع المعروض عليه، غير أن هذا الاعتقاد ينقصه شيء من الدقة، نظرا لتجلي وظهور الدور الإيجابي للقاضي الإداري حتى في حالة وجود النص.

كما أن سلطة القاضي ودوره في إنشاء المادة الموضوعية يختلف تبعا للقاعدة التي يتدخل لإنشائها، فالنص إذا كان موجودا فإنه يتعين تطبيقه على كل حالة ينطبق عليها من حيث لفظه وفحواه ونصت على ذلك المادة الأولى من القانون المدني[1]، ونستخلص روح النص وفحواه بالرجوع إلى مصادره التاريخية، وأعماله التحضيرية، ومستلزماته اللغوية، والكشف عن حقيقة المفهوم ودلالته، فإذا كان النص واضحا جليا ولا يحتمل أي تأويل فيكون القاضي ملزما بتطبيقه على النزاع المعروض عليه، وقد يكون هذا النص واضحا ولكن يحتمل أكثر من وجه ومعنى وهنا تكون الحاجة ملحة لتدخل القاضي للترجيح وبيان المعنى المقصود، وإذا كان هذا النص الموجود غامضا ومبهما فهنا تكون الحاجة أكثر

---

[1] – تنص المادة الأولى من القانون المدني على: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو فحواها..... "، الأمر رقم 75–58، المؤرخ في 20 رمضان 1395 والموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، مصدر سابق.

إلحاحا لتدخل القاضي لإزالة هذا الغموض والإبهام وتبيين المراد عن طريق التفسير.

ولقد تعددت اتجاهات علماء القانون في تفسير النصوص، فمنهم من يرى أن التفسير مقصور على بيان وتوضيح معنى النص الغامض والمبهم فقط، وبالتالي فلا مجال لتفسير النص الواضح، ومنهم من يجعل التفسير يشمل كل النصوص؛ سواء المبهمة منها أو الواضحة، وهناك من يتوسع في مجال التفسير ليُلحق بما سبق، التوفيق بين النصوص المتعارضة، وإكمال النقص في التشريع إن وجد [1].

ومن أمثلة التعريفات للتفسير بمفهومه الضيق والذي جعله يتعلق بإزالة الغموض، وتوضيح معنى النصوص، أن التفسير هو : "الوقوف على معنى القاعدة القانونية وتحديد نطاقها حتى يمكننا تطبيق حكمها على ما يعرض من حالات خاصة"[2]، ومنها أيضا أنه: "إزالة الغموض الذي يتضمنه النص وتوضيحه"[3]، فقصر التفسير على النص الغامض واعتبر النص الواضح لا مجال لتفسيره، ومنها أيضا أنه: "التعرف من ألفاظ النص وفحواه على حقيقة الحكم الذي تتضمنه القاعدة القانونية، بحيث تتضح منه حدود الحالة الواقعية

---

1 – محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون المدني والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1979، ص 26.

2 – رمضان محمد أبو السعود، مبادئ القانون والمدخل إلى العلوم القانونية والالتزامات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995، ص 113.

3 – د. مهاب نجا، المدخل إلى علم القانون، دار الشمال للطباعة، لبنان، الطبعة الأولى، 1990، ص 153.

التي وضعت القاعدة من أجلها"[1]، أي جعل التفسير وسيلة لاستنباط واستخراج الحكم من النص، سواء كان ذلك من خلال ألفاظه أو فحواه، ولكن فيما يبدو لي أن عملية التفسير تسبق معرفة الحكم، إذ أن معرفة الحكم الذي يتضمنه النص لا يكون إلا بعد تفسيره.

ومن أمثلة التعريفات للتفسير بمفهومه الواسع، والذي جعله يتعلق بتوضيح معاني الألفاظ وتبيين ما أبهم منها وغمض، وإصلاح العيوب في النص إن وجدت، وإزالة التعارض بين النصوص المتعارضة، كما يشمل إكمال النقص الذي قد يقع في التشريع، فجاءت أحد التعريفات بما يلي: "التفسير هو توضيح ما أبهم من ألفاظ التشريع، وتكميل ما اقتضب من نصوصه، وتخريج ما نقص من أحكامه، والتوفيق بين أجزائه المتناقضة" [2]، فنجد أن هذا التعريف قد ضيق من دائرة التفسير التي وردت في الاتجاه السابق الضيق والتي جعلت التفسير يتناول النص الواضح والنص الغامض، ولكنه أضاف أمورا أخرى، تمثلت في إكمال النقص في التشريع، والتوفيق بين النصوص المتعارضة، ومن تعريفاته أيضا أنه: "بيان معنى النص الغامض، سواء كان هذا الغموض سببه نقص في التشريع، أو عدم تناسب الألفاظ أو غرابتها، أو كان عن تناقض عقلي ناتج عن

---

[1] – د. عبد المنعم فرج، أصول القانون، بدون دار النشر والطبعة، مصر، ص 373.

[2] – أمجد محمد الشريف، نظرية تفسير النصوص المدنية، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي مطبعة وزارة الأوقاف، بغداد، 1981، ص12، منقولا عن السنهوري، أصول القانون، ص 163 و235.

طابع أسلوب اللغة المستخدم، أو ناتج عن أخطاء مطبعية"[1]، ومنها أيضا بأنه:" بيان المقصود بالنصوص التشريعية، واستخلاص الحكم القانوني منها، بتوضيح ما غمض من نصوص التشريع، وبالتوفيق بين النصوص المتعارضة، وبتكميل ما نقص من أحكامه"[2].

وعرف الدكتور عمار عوابدي التفسير القضائي بأنه: "عملية عقلية منظمة ومحكومة بقواعد وأساليب منهجية وعملية تضطلع بها سلطة قضائية مختصة، وطبقا لشروط وشكليات وإجراءات قضائية مقررة قانونا، بهدف تفسير تصرف قانوني معين أو قاعدة أو قواعد قانونية محددة، وذلك بواسطة اكتشاف واستنباط المعنى أو المضمون الحقيقي والصحيح للتصرف القانوني أو للقاعدة القانونية محل عملية التفسير، والحكم بذلك في حكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضي به، وترتيب النتائج والآثار القانونية والقضائية والقانونية اللازمة والمطلوبة" [3].

فالتعريفات السابقة بينت أن التفسير لا يقتصر على بيان معنى النص فقط، بل يتعداه إلى أمور أخرى وسّعت من مفهوم التفسير لتجعله يشتمل على التوفيق بين النصوص التي يكون ظاهرها متعارض، بتخصيص العام وتقييد

---

1 – د. محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون المدني والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1979، ص 21.

2 – د. محمد وجيه شحادة، المدخل إلى القانون ونظرية الالتزام، منشورات جامعة حلب، سوريا، 1980، ص 91.

3 – د. عمار عوابدي، قضاء التفسير في القانون الإداري، دار هومة، الطبعة الثانية، 2004، الجزائر، ص173.

المطلق كما مرّ سابقان وكذلك تكميل نقص التشريع من خلال الاجتهاد فيما كان فيه النص ناقصا، بالإضافة إلى إزالة العيب في التشريع [1].

والذي يبدو لي أن إكمال نقص التشريع يخرج عن مفهوم التفسير، ويدخل في نطاق الاجتهاد فيما لم يرد فيه نص، فيكون اجتهادا لا تفسيرا، وأيضا إزالة العيب في التشريع الناتج عن الخطأ في الصياغة أو الخطأ المادي في الطباعة، فهو من مهمة المشرع لا القاضي.

وقد يكون النص القانوني غير موجود فيلزم على القاضي والحالة تلك أن يجتهد في إيجاد حل انطلاقا من القواعد العامة للقانون فيخلق بذلك قاعدة قانونية يطبقها على النزاع المعروض وإن لم يفعل ذلك اعتبر منكرا للعدالة.

فالهدف من التفسير هو معرفة معنى القاعدة القانونية، وهذا الأمر يستلزم معرفة وتحديد المعنى الذي أراده الشارع من النص، فنية المشرع ومراده هو ما يسعى القاضي أو الفقيه أو رجل القانون للوصول إليه من عملية التفسير [2]، ولكن الآراء قد اختلفت فيما يجب مراعاته واعتباره عند التفسير والبحث عن مقصد المشرع، الأمر الذي أدى إلى اختلاف مدارس ومذاهب تفسير التشريع، فكانت بناء على ذلك ثلاث مدارس أو مذاهب هي: مذهب الالتزام بالنص

---

[1] – أ. عبد المهدي سعيد العجلوني، قواعد التفسير وتطبيقاتها، أطروحة دكتوراه، 2005، الجامعة الأردنية، ص 65 –75.

[2] – د. عبد الودود يحي، دروس في مبادئ القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص 173.

وتسمى مدرسة الشرح على المتون[1]، ثم مذهب التطور التاريخي ويسمى بالمدرسة الاجتماعية[2]، ومذهب البحث العلمي الحر ويسمى بالمدرسة العلمية[3]، وبين هذه المدارس نقاط اتفاق وأخرى للاختلاف حول دور مقصد المشرع ودوره في التفسير.

فنجد أن مدرسة الالتزام بالنص أو الشرح على المتون، ترى أن القانون هو المعبر عن إرادة المشرع، ومصدره الوحيد هو التشريع، لذلك هم يبحثون في التفسير عن إرادة المشرع عند وضع النص.

ثم المدرسة الاجتماعية، والتي ترى القانون على أنه تعبير عن إرادة الجماعة وضميرها، آخذا بعين الاعتبار الحقائق الموضوعية المحيطة به، ولذلك هم يبحثون في التفسير عن الأوضاع الاجتماعية، وعن إرادة المشرع المحتملة لو أراد وضع القاعدة القانونية ساعة التطبيق.

---

[1] – ظهرت هذه المدرسة في فرنسا عقب صدور تقنينات نابليون سنة 1908، على يد ديلفا لا كروا وبريديون وتوليه، وسادت حتى أواخر القرن التاسع عشر، حيث نظر فقهاء القانون حينها للنصوص التشريعية نظرة تقديس واحترام، أنظر: د. سمير عبد السيد، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، مصر، ص 749.

[2] – مدرسة التطور التاريخي أو المدرسة الاجتماعية، ظهرت أول ملامحها في القرن الثامن عشر، إلا أن هذا المذهب لم تكتمل معالمه إلا على يد الفقيه الألماني سافييني سنة 1814، ورأي هذه المدرسة أنه يجب التعامل مع النص القانوني بحيث يلائم الأحداث الجديدة وغير المتوقعة، أنظر: مهاب نجا، المدخل إلى علم القانون، مرجع سابق، ص 161.

[3] – ظهرت هذه المدرسة على يد الفقيه الفرنسي فرانسوا جيني عام 1899، وهي مدرسة تحترم النص القانوني، ولكن عند البحث عن الإرادة المفترضة للمشرع عند عدم وجود النص نلجأ على البحث العلمي الحر، أنظر: د. عبد الودود يحي، دروس في مبادئ القانون، مرجع سابق، ص 175.

وأخيرا المدرسة العلمية أو البحث العلمي الحر، وهي مدرسة تتفق مع مدرسة الشرح على المتون من حيث أن مقصد المشرع نبحث عنه عند وضع النص لا عند تطبيقه، ولكنها تختلف معها في أنها تلجأ عند غياب النص إلى البحث العلمي الحر بحثا عن الحكم، بخلاف مدرسة الشرح على المتون التي ترى شمولية التشريع وعلينا التزام النص.

والقانون الإداري بطبيعته وخصائصه المذكورة في الباب الأول، تجعله قانونا شديد الإبهام والغموض، وقانونا ناقصا في قواعده وأحكامه، وقانونا مملوء بالتغيرات في صياغته وأحكامه، وشديد الحركة والتطور في قواعده، مما يجعل مهمة القاضي الإداري في تفسير وتطبيق قواعد القانون الإداري مهمة صعبة ومعقدة ودقيقة، تحتم منهجية قوية ومرنة وواقعية في التفسير، ليتمكن من استنباط واستخراج القاعدة القانونية وأحكامها [1].

فإذا كان تدخل القاضي في الحالات السابقة واجب تفرضه مبادئ العدالة، وانطلاقا من المقولة العملية التي تقول:" إن القاضي الإداري قاض منشئ والقاضي المدني قاض مطبق"، فما هو الأسلوب والطريقة التي يتبعها كل منهما لبيان المعنى المقصود أو إزالة هذا الغموض أو إيجاد نص يتوافق والنزاع المعروض بين يديه؟ وهل أن الدور الذي يلعبه القاضي الإداري في الحالات السابقة تلك هو نفسه الدور الذي يلعبه القاضي العادي؟

لذا قسمت هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب على النحو التالي:

---

[1] – أنظر: د. عمار عوابدي، قضاء التفسير في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 198 وما بعدها.

المطلب الأول: سلطة القاضي ودوره في حالة وضوح النص.

المطلب الثاني: سلطة القاضي ودوره في حالة غموض النص.

المطلب الثالث: سلطة القاضي ودوره في حالة غياب النص.

المطلب الأول: سلطة القاضي في حالة وضوح النص.

النص الواضح هو الذي يدل بصيغته على المراد منه، ولا يحتمل تأويلا، ولا مجالا لفهم معنى غيره منه، فهو يفيد معنا لا يحتمل غيره[1] ويسمى النص في هذه الحالة: نص قطعي الدلالة؛ لأن دلالته على المراد منه مقطوع بها وهنا لا يحتاج القاضي إلى اجتهاد في تعيين المراد منه، فصيغته تدل دلالة واضحة قطعية على المعنى الدال عليه، ومثال ذلك قوله تعالى: ﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِ ﴾[2]، فالآية دالة دلالة واضحة على أن الابن الذكر يأخذ النصيب الذي تأخذه البنتان.

ويرد مصطلح النصوص في المواد القانونية وكتب القانون وحتى في قرارات القضاء، ذلك أن القواعد القانونية تأتي على شكل نصوص، وهذه النصوص تكون كقوالب لغوية تقدم وتصاغ فيها القواعد القانونية التي يريد المشرع سنّها، فالقاعدة القانونية هي فكرة منظمة لواقع معين، والنص هو اللغة

1- الشيخ أحمد بن محمد بن علي الوزير، المصفى في أصول الفقه، دار الفكر المعاصر، لبنان، 2002، ص 689.

2 - الآية 11 من سورة النساء.

التي نترجم من خلالها الفكرة إلى عالم الوجود القانوني، فاللغة هي أداة التعبير عن الفكرة القانونية كما تكونت لدى المشرع [1].

ولما كانت النصوص هي الألفاظ المعبرة عن إرادة المشرع، كان لابد أن تأتي هذه النصوص على نحو من الوضوح والدقة التي تجعلها تعبر عن الإرادة الحقيقية والصريحة للمشرع، كما جاء في نص المادة الأربعين من القانون المدني الجزائري على أن: "سن الرشد تسعة عشرة (19) سنة كاملة"[2]. فالعدد في هذه الحالة مقطوع به وثابت ولا يحتمل زيادة ولا نقصا، والسنة في نص المادة تحسب بالتقويم الميلادي [3]، ومثل هذه النصوص لا تترك للقاضي مجالا لأن يمارس أي سلطة في التفسير أو التأويل؛ إذ لا اجتهاد في مورد النص.

إلا أن النصوص القانونية قد تتفاوت في قوة التعبير ووضوحه، بحسب الصياغة التي صيغت بها هذه النصوص، فقد تكون واضحة، ولكنها ليست كلها على درجة واحدة من الوضوح. مما يستدعي من القاضي أن يتدخل لتبيين المراد المقصود في النص.

فهل أن سلطة ودور القاضي العادي في هذه الحالة يختلف عن سلطة ودور القاضي الإداري؟ ومن أجل توضيح ذلك قسمت المطلب إلى فرعين على النحو التالي:

---

1 – د. مصطفى العوجى، القاعدة القانونية في القانون المدني، مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الثانية، 1998، ص27.

2 – الفقرة الثانية من المادة 40 من القانون المدني، الأمر رقم 75–58، مرجع سابق.

3– المادة الثالثة من القانون المدني، الأمر رقم 75–85، المصدر السابق.

الفرع الأول: دور القاضي العادي في حالة وضوح النص.

الفرع الثاني: دور القاضي الإداري في حالة وضوح النص.

الفرع الأول: دور القاضي العادي في حالة وضوح النص.

إن النص القطعي الدلالة لا يحتمل التأويل وبالتالي فلا اجتهاد للقاضي فيه، وإنما يتدخل القاضي في حالة ما إذا كان النص واضحا ولكن مدلوله يحتمل أكثر من معنى، فيمكن أن يكون النص واضحا وصريحا في معناً، ولكن غير صريح بالنسبة لمعنى آخر، والقاعدة أن النص الواضح لا يمكن الذهاب إلى تأويله، لأن التأويل خلاف الأصل، ولا نحيد عن الأصل إلى خلافه إلا بدليل.

وهذا الدليل قد يكون نصا تشريعيا يُفصِل المُجمل [1]، وقد يكون حكمة التشريع، أو المبادئ العامة للقانون، أو لضرورة رفع تناقض بين النصوص.

كما أن النص العام [2] يبقى على عمومه ولا يخصص إلا بقرينة تدل على هذا التخصيص [1]، والنص المطلق [2] يبقى على إطلاقه ولا يقيد إلا بقرينة تدل على هذا التقييد[3].

---

[1] – المجمل: هو ملا يفهم المراد به تفصيلا لتعدد معانيه، ولذلك لا يعرف إلا ببيان، فله معنى مقصود للمشرع ولكنه خفي. أنظر: أحمد بن محمد بن علي الوزير، المصفى في أصول الفقه، مرجع سابق، ص 657.

[2] – العام: هو الكلام الدال على جميع ما يصلح له على جهة الشمول والخاص بخلافه. أنظر: أحمد بن محمد بن علي الوزير، المرجع نفسه، ص 485.

كما قد يرد النص مجملا ويحتاج لتفصيل من المشرع، كما نصت المادة 1/88 من القانون المدني[4] على أنه يجوز إبطال العقد للإكراه، إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الأخر في نفسه دون حق، ثم بين المشرع في الفقرة التي تليها متى تكون الرهبة بينة فقال: "تعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محدقا يهدده هو أو أحد أقاربه في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال"[5].

ومثاله أيضا ما جاء في المادة 1/682 من القانون المدني الجزائري والمشرع يتحدث على ما يصلح أن يكون محلا للحقوق المالية، وهو كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون، كانت العبارة مجملة فصّلها وبيّنها في الفقرة الثانية بقوله:" والأشياء التي تخرج بطبيعتها عن التعامل بطبيعتها هي التي

=

1 – التخصيص: هو قصر العام على بعض أفراده، أو قصر اللفظ على بعض أفراده. أنظر: الحسين بن القاسم بن محمد، آية العقول إلى غاية السؤال في علم الأصول، المطبعة المتوكلية، اليمن، 1980، ص 452.

2 – المطلق: هو اللفظ الدال على فرد أو أفراد شائعة بلا قيد مستقل مثل: اضرب رجلا أو رجالا؛ فهو يدل على أفراده بطريقة الشيوع في جنس اللفظ بخلاف العام. أنظر: أحمد بن محمد بن علي الوزير، المرجع نفسه، ص644.

3 – المقيد: هو اللفظ الدال على فرد أو أفراد شائعة بقيد مستقل، مثل: أعتق رقبة مؤمنة، فمؤمنة هنا قيد مستقل، فهو كالخاص بالنسبة للعام، ولكنه يقضي على المطلق نهائيا بخلاف الخاص فإنما يدل على إخراج بعض أفراد العام وباقي العام حجة. أنظر: عبد الوهاب خلاف، أصول الفقه، مرجع سابق، ص

4 – الأمر رقم 75–58 والمتعلق بالقانون المدني، مصدر سابق.

5 – الفقرة الثانية من المادة 88 من الأمر 75–58 والمتعلق بالقانون المدني، مصدر سابق.

لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية"[1].

كذلك النص العام إذا ورد فإنه يدل على جميع ما يصلح له على جهة الشمول، إلا قامت قرينة صرفته عن هذا العموم إلى التخصيص، ومن ذلك ما نصت عليه المادة 142 من القانون المدني من أن دعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب تسقط بانقضاء عشر سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من لحقته الخسارة بحقه في التعويض، وتسقط الدعوى في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق، فنلاحظ أن لفظ " سنة " قد جاء عاما يندرج تحته "السنة الهجرية" و"السنة الميلادية"، ولكن المشرع حل هذا الإشكال فخصص هذا اللفظ "السنة" بنص في المادة الثالثة من القانون المدني بقوله : "تحسب الآجال بالتقويم الميلادي. ما لم ينص القانون على خلاف ذلك"[2]، فيكون بذلك قد خصص النص العام.

ولما كان هذا هو عمل المشرع، فإن عمل القاضي لا يقل عنه أهمية إذا يجب عليه أن يبذل نشاطا ذهنيا في فهم وحل عبارات النص، بالإضافة إلى ما يجب أن يتمتع به من ملكة علمية ومعرفة ودراية باللغة العربية ومفرداتها ودلالاتها ومباحث الألفاظ فيها وأوجه استعمالها وذلك لكي يستطيع أن يضطلع

---

[1] – الفقرة الثانية من المادة 682 من الأمر 75–58 والمتعلق بالقانون المدني، مصدر سابق.

[2] – الأمر رقم 75–58 والمتعلق بالقانون المدني، مصدر سابق.

بالمهمة الواقعة على عاتقه والمتمثلة في ألا يقف عند المعنى المتبادر للفظ، بل استخراج المقصود الذي يريده الشارع من عبارات النص وألفاظه.

وتكون خطوات القاضي الأولى بالنظر في النص وتحديد حالته، فإذا تأكد له أن النص نص واضح، تبدأ خطوته الثانية في التمعن في النص وإعمال الفكر فيه لاستخلاص المعنى الذي أراده المشرع ولكن من صيغة النص ذاتها دون اللجوء لوسائل خارجية، لأن الاستعانة بأدوات خارجية إنما يكون عند غموض النص. أما عندما يكون النص واضحا في صياغته فان دور القاضي يكون منحصرا في تفسيره ضمن حدود صيغة النص ودون الخروج عنه، كأن يكون في صياغة نص لفظة تدل على العدد أو الوزن المحدد فلا يملك القاضي إلا أن يطبقه كما هو، ولا يمكنه أن يعدل عنه بحجة أنه غير عادل مثلا[1].

ومن أمثلة ذلك قرار الغرفة المدنية للمحكمة العليا المؤرخ في 2007/03/21[2]، والذي به نقضت المحكمة العليا قرار مجلس قضاء قالمة المؤرخ في 23/03/2004، حيث أسست المحكمة العليا نقضها للقرار على أساس التفسير الخاطئ لنص المادة 211 من قانون الأسرة[3] من طرف قضاة الموضوع، حيث تمثل النزاع الذي عرض على قضاة الموضوع في أن سيدة رفعت دعوى رجوع

---

1 – أنظر: يحي رزق الصرمي، سلطة القاضي في التفسير في القانون المصري واليمني، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، مصر، 1995، ص62.

2 – قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، رقم الملف 357544، المؤرخ في 2007/03/21، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2007، ص255.

3 – القانون رقم 84–11، المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق 09 يونيو سنة 1984، والمتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد 24، لسنة 1984.

في هبة عقار كانت قد منحته لحفيدتها، مستندة في طلبها إلى نص المادة سالفة الذكر من قانون الأسرة والتي تجيز للأبوين الرجوع في الهبة الممنوحة لأولادهما، فاستجاب قضاة الموضوع لطلب الجدة، واجتهدوا مقررين أن مصطلح الأبوين المذكور في المادة السابقة ينصرف إلى الأصول وإن علو، ولما عرض النزاع على المحكمة العليا على إثر طعن الحفيدة، صرحت عند فحصها للنزاع أن قضاة الموضوع أخطئوا في تفسير المادة 211 من قانون الأسرة، واستندت في نقضها للقرار إلى التالي: حيث أن المجلس فسر القانون تفسيرا خاطئا، بل اجتهد في تفسيره مع أن النص واضح ولا يحتاج إلى أي اجتهاد، ذلك أنه لا يمكن اعتبار الجدة بمثابة الأم، وحق الرجوع في الهبة منحه المشرع للأبوين.

كذلك مسألة البطلان المطلق التي ترد في النصوص القانونية[1]، لا يمكن للقاضي إعمال الاجتهاد فيها، وإنما يتعين عليه الالتزام بنوع البطلان الذي وضعه المشرع، كالحالات المتعلقة بانعدام الأهلية، فإبرام عقد الهبة من طرف الصبي غير المميز يرتب عليه المشرع البطلان المطلق لهذا العقد، على أساس أن العيب الذي شاب العقد كان بليغا، ويكون قد مس أحد أركان العقد وهو التراضي، فالقاضي في هذه الحالة لا يستطيع أن يقدر مدى مساس العيب بالمصلحة العامة، ليستنتج مثلا أن الأمر يتعلق بمصالح فردية، فيطبق البطلان النسبي بدلا من البطلان المطلق فمثل هذا الحل يختلف مع ما جاءت به النصوص القانونية، ويكون دور القاضي هنا التصريح بالبطلان، لأن العقد باطل في أصله، فيكون على القاضي معاينة أسباب البطلان فقط، وتنزع منه كل

---

[1] – المواد من 99 إلى 105 من الأمر 75–58 والمتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

سلطة تقديرية كتلك التي يتمتع بها عند معاينته لعيوب التراضي، كما أنه ليس له الحق أن يرفض بطلان العقد بحجة أن طالب البطلان لم يصبه ضرر، وليس له الحق في أن يبحث في مدى حسن نية المطلوب ضده البطلان، بل يجب عليه أن يثير هذا البطلان من تلقاء نفسه، والقاضي في كل ما سبق يخضع لرقابة النقض[1].

إلاّ أن القاضي قد يترك المعنى المستفاد من عبارة النص ولفظه. ويستخلص المعنى من روح النص *L'esprit du texte* وذلك بهدف تفسير النصوص تفسيرا يتناسب والغاية والهدف من وضع التشريع، باعتبار أن أي قاعدة قانونية إنما لها هدف محدد تهدف إلى تحقيقه يتمثل في الأساس والحكمة من وجودها؛ وهي الغاية التي وضع النص من أجل تحقيقها، والمقصود بذلك هو تلك المصالح التي أراد المشرع حمايتها، والاعتبارات الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والخلقية التي دعت إلى وضع القاعدة القانونية، وهو ما يطلق عليه "بروح التشريع"[2].

ومن أمثلة ذلك قرار الغرفة المدنية للمحكمة العليا المؤرخ في 2008/03/19[3]، والذي من خلاله قامت المحكمة العليا بنقض القرار المطعون

---

1 – قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، 1997، ملف رقم 136156، عدد خاص، 2001، ص.48

2 – أنظر: أ.عثامنية الخميسي، التفسير في المادة الجزائية وأثره على حركة التشريع، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خضر، بسكرة، العدد السابع، 2005، ص 64.

3 – قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، رقم الملف 404065، المؤرخ في 2008/03/19، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2008، ص107.

فيه استنادا إلى الخطأ في فهم إرادة المشرع وروح القانون، وبالرجوع إلى هذا القرار فإن الوقائع التي عرضت على قضاة الموضوع كانت تتعلق بتطبيق المادتين السابعة والثانية والعشرون من المرسوم التشريعي 11/94 [(1)]، والمتعلق بالتأمين على البطالة، حيث أن الطاعن الصندوق الوطني للبطالة كان قد طلب من قضاة الموضوع إلزام المطعون ضده بأن يرجع المنح التي تسلمها في مقابل الاستفادة من نظام التأمين على البطالة، واستند الصندوق في طلبه هذا على أن المطعون ضده كان يمارس نشاطا تجاريا ربحيا في وقت الاستفادة، ورغم أن المطعون قد أقر بهذه الواقعة، فقد رفض قضاة الموضوع طلبات الطاعن على أساس أن المادتين السابعة والثانية والعشرون من المرسوم السابق ذكره؛ تنصان على أن حقوق المستفيد لا تسقط إلا في حالة ممارسته لنشاط مهني، والمطعون ضده هنا قد مارس نشاطا تجاريا مما أدى بالمحكمة العليا إلى نقض قرار قضاة الموضوع وسببت قرارها بالتالي: "حيث أن التفسير الذي ذهب إليه قضاة الموضوع يتنافى مع قصد المشرع وما يريده؛ والذي هو عدم الجمع بين الاستفادة من منحة البطالة مع دخل آخر يدر ربحا، وبالتالي منع الجمع بين المنحة ومزاولة نشاط أخر، وحيث ثابت في قضية الحال أن المطعون ضده لم ينكر أنه

---

[1] – المرسوم التشريعي رقم 11/94، المؤرخ في 15 ذي الحجة عام 1414 الموافق 26 مايو سنة 1994، والمتضمن التأمين عن البطالة لفائدة الأجراء الذين قد يفقدون عملهم بصفة لا إرادية لأسباب اقتصادية، الجريدة الرسمية، العدد 34، لعام 1994.

لجأ إلى ممارسة نشاط لإضافة دخل يساعد حسب أقواله لسد حاجياته، لذا فإن قضاة المجلس قد أخطئوا في تفسير القانون مما يتعين نقض وإبطال القرار "[1].

بل حتى في القانون الجنائي والذي من أهم قواعده تضييق التفسير وعدم القياس في النصوص الجنائية، أن القضاء في فرنسا رفض اعتبار تناول الوجبات الغذائية أو المشروبات مع عدم القدرة على دفع ثمنها سرقة، لعدم توفر عنصر الخلسة، ولم يعتبرها نصب لعدم وجود طرق احتيالية في الفعل، وكذا لم يعتبرها خيانة أمانة لعدم وجود اتفاق يدرج ضمن العقود التي يحددها القانون، وانطلاقا من ذلك كان القضاء الفرنسي يبرئ الشخص الذي يتناول وجبة في مطعم مع عدم القدرة على دفع ثمنها على أساس أن النصوص الجزائية الموجودة لا تحتمل هذا المفهوم، الأمر الذي أدى لتفطن المشرع فتدخل بإصدار قانون في 26 جويلية 1873[2] لتجريم هذا السلوك.

وفي حالة أخرى قرر القضاء الفرنسي عند تفسيره للنص المتعلق بجريمة النصب والاحتيال على أن النص لم يحتوي على موضوع تقديم خدمة ولذلك قرر القضاء الجنائي الفرنسي تبرئة الشخص الذ ي يتحصل بطرق احتيالية على خدمة، حتى تفطن المشرع بعد ذلك وعدل نص المادة 313 الفقرة الأولى من

1– قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، رقم الملف 404065، المؤرخ في 2008/03/19، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2008، ص110.

2 - J.O.R.F, 26/07/1873, N 173, P 8867.

قانون العقوبات الفرنسي، بإضافة فقرة خاصة بهذا الفعل والمتمثل في القيام بالنصب للحصول على خدمة[1].

وإلى ذلك أيضا ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن: "تفسير النصوص المتعلقة بالإعفاء تكون على سبيل الحصر. لا يصح التوسع في تفسيرها بالقياس. ولا أيضا أسباب الإباحة التي ترجع كلها إلى مبدأ جامع هو ممارسة الحق أو القيام بالواجب. وبناء على ذلك لا يجوز للقاضي أن يعفي من العقوبة إلا إذا انطبقت شروط الإعفاء في النص التشريعي على الواقعة المجرمة انطباقا تاما سواء من ناحية كنهها أو ظروفها أو الحكمة التي تغيّاها المشرع من تقريره للإعفاء"[2].

وإذا كان القياس *L'analogie*[3] وهو إلحاق معلوم (وهو الفرع) بمعلوم (وهو الأصل) في الحكم (أي حكم الأصل) إثباتا أو نفيا للاشتراك في العلّة (أي أن الفرع شارك الأصل في علته فألحقناه به في الحكم) [4]؛ بمعنى أن القياس وسيلة

---

1 - Jean Pradel, Droit pénal général, Cujas Paris, 12eme édition, 1999, p184.

2 – نقض جنائي، 1969/11/17، مجموعة أحكام النقض، رقم 265، ص 1307.

3 – القياس لغة: مصدر قاس؛ بمعنى قدر، وتقول العرب قست الشيء بالشيء: قدرته على مثاله، وهو يتعدى بالباء، يقال: قست الثوب بالذراع، كما أطلق القياس على المساواة؛ لأن تقدير الشيء بما يماثله تسوية بينهما، فيقال: فلأن لا يقاس بفلان؛ أي لا يساويه، وبصورة عامة القياس في اللغة هو التقدير والتسوية بين الشيئين فأكثر. أنظر: محمد بن بكر الرازي، مختار الصحاح، دار اليمامة، بيروت، 1987، ص 352، وأبو الفضل ابن منظور، لسان العرب، دار البيروتي للطباعة والنشر، بيروت، 1982، مادة القياس، ص 1955، والفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، 1993، بيروت، مادة قيس، ص 733.

4 – أحمد بن محمد بن علي الوزير، المصفى في أصول الفقه، مرجع سابق.

لإظهار حكم في مسألة سكت عنها القانون قياسا على مسألة ورد فيها نص يحكمها لاشتراكهما في علّة واحدة، وعُرّف أيضا بأنه: إعطاء حكم حالة منصوص عليها لحالة أخرى غير منصوص عليها لاتحاد العلة في الحالتين [1].

والقياس جائز في القانون مع تحفظ في القانون الجنائي، من ذلك مثلا في القانون المدني مد نصوص الضمان في البيع إلى كافة عقود المعاوضات الأخرى، ولا شك في أهمية الدور الذي يقوم به القياس في هذا المجال من حيث توسيع مجال القانون وإقامة نظريات جديدة تتفق مع ما يقع من تطور في المجتمع.

وقد اختلف الفقه حول الدور الذي يلعبه القياس في القانون المدني، فكانت هناك ثلاثة آراء بهذا الصدد على النحو الآتي:

- **أولاً:** القياس وسيلة من وسائل التفسير؛ إذ أن المشرع عندما يقوم بصياغة قاعدة قانونية بناء على سبب قانوني – حكمة التشريع –، فإنما يقصد أن يرتب ويعتمد جميع النتائج المرتكزة على هذا السبب ذاته في حالات أخرى غير الحالة المنصوص عليها؛ لأن نية المشرع لا يمكن حصرها وتحديدها بالمعنى الحرفي للنصوص، وإعمال القياس هو تفسير لإرادة المشرع المفترضة، ويسلم معظم فقهاء مدرسة الشرح على المتون في فرنسا بهذا الرأي [2]، وبه قال أيضا جانب

---

1 – د خالد رشيد الجميلي، المدخل في دراسة الشريعة الإسلامية والقانون، دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، 1989، ص 141.

2 – أ. س.ف. كاناريز، سد الفراغ في القانون وموقف النظام القانوني الألماني منه، ترجمة د.عبد الرسول، مجلة القضاء العراقية، العدد الأول، 1973، ص 82.

من رجال القانون والقضاء في الجزائري [1] وجانب من الفقه المصري[2]؛ بأن القياس ليس مصدرا للتشريع كما هو الحال في الشريعة الإسلامية، بل هو وسيلة من وسائل الاستنتاج، وسار على هذا الفقه العراقي [3]، معتبرا أن القياس يُعد من طرق التفسير الداخلية للتشريع.

- **ثانياً:** القياس مصدراً رسمياً للقانون إلى جانب المصادر الأخرى؛ كالعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية[4].

- **ثالثاً:** القياس ليس مصدراً تفسيرياً ولا رسمياً للقانون، بل هو في موضع وسط بينهما، فالقياس يعمل على تجاوز المعنى الحرفي للنصوص إلى استنباط الأرادة المفترضة للمشرع لذا فإنه يعتبر وسيلةً اجتهادية، أي وسيلة من وسائل ما يسميه الفقيه الفرنسي فرانسوا جيني " *François Gény* البحث العلمي الحر" والتي تؤدي إلى سد النقص في التشريع وتكملته لا تفسيرا[5]، وقد نسب الأستاذ جيني إلى الفقيه الألماني ويند شايد *Bernhard Windscheid* الرأي القائل: أن القياس يقف في الوسط بين التفسير المجرد وبين خلق القانون، وان له طبيعة

1 – د. عمار بوضياف، المدخل للعوم القانونية، دار جسور للنشر والتوزيع، 2000، الجزائر، 182.

2 – د. مصطفى منصور، مبادئ القانون، طبعة دار النهضة العربية، القاهرة، 1973، ص303.

3 – د. عبد الباقر البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، دار الكتب لطباعة والنشر، الموصل، دون تاريخ طبعة، ص 126.

4 – د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج ١، المدخل للعلوم القانونية، الطبعة السادسة، مطبعة السلام، مصر، 1989، ص 372 وما بعدها.

5 –أنظر: د. عصمت بكر، أصول تفسير القانون، بدون دار نشر، مصر، الطبعة الثانية، 2009، ص 143.

مزدوجة لسببين؛ أولهما: أنه يعتمد على القانون المكتوب فهو أساسه الجوهري، ثانيهما: أن القياس المنبثق عن الروح العامة للنظام القانوني يرتفع من دون شكٍ فوق مستوى النصوص، أي أن القياس يدخل في نطاق عملية سد الفراغ في القانون، لأنه ينطوي على تجاوز المعنى الحرفي للنص، ويقوم بسد الفراغ في القانون في اللحظة التي يضطر فيها القاضي وهو يبحث عن العدالة والحق، إلى الركون بعيداً عن المعنى الحرفي للنص القانوني[1] وإلى هذا ذهب جانب من الفقه المصري[2]، إذ يرى القياس بأنه وسيلة من وسائل سد النقص في التشريع.

ورأي المتواضع -والله أعلم- بمسألة القياس؛ أنه وسيلة من وسائل سد النقص في التشريع، و يعتمدعليه القاضي في الحالات التي لا يوجد فيها النص، كما أعتقد بأن ما يقال من ضرورة التفسير في حالة عدم وجود نص، يعتبر خلط بين التفسير وبين الاعتماد على المصادر الأخرى للقانون، فمجال التفسير هو النص، أما غياب النص فهو سبب للاعتماد على المصادر الأخرى التي نصت عليها معظم التشريعات المدنية المقارنة [3]، والتي تنص على المصادر التي

---

[1] – د. محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، مطبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، بغداد، 1984، ص 312، نقلا عن:

– François Gény, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, librairie genéral de droit et de jurisprudence, 1919, p 212.

[2] – أنظر: د. محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 259.

[3] – تنص المادة الأولى، الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري على أنه إذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

=

ينبغي للقاضي أن يستمد منها الحل عند عدم وجود النص، وهو ملزم بإتباع هذا الطريق ولا يستطيع مخالفته، فاذا افتقد القاضي في الجزائر الحل في التشريع والشريعة الإسلامية والعرف عليه أن يعتمد على قواعد العدالة والقانون الطبيعي للفصل في النزاع المعروض عليه، ولا يجوز له أن يمتنع إصدار الحكم بحجة عدم وجود نص في القانون وإلا عُد القاضي منكرا للعدالة.

وللقياس صور تتمثل في التالي:

- **قياس عادي:** وفيه تتحد علة الحكم في الحالتين إثباتا أو نفيا، كحالة وجود واقعة لم ينص القانون عليها، ولكن نص بنص واضح على واقعة مشابهة لها، ولاتحاد الواقعتين في العلّة؛ فإنه يتم تطبيق حكم الواقعة المنصوص عليها في القانون على الواقعة التي لم ينص عليها لاشتراكهما في العلة، ومثال ذلك من الشريعة الإسلامية حرمان قاتل مورثه من الميراث لأن الشارع جعل العلة في حرمان القاتل من ميراث مورثه الذي قتله هي القتل نفسه، أي عامله بنقيض قصده؛ فهو قتل مورثه ليتمكن من الاستيلاء على ما ترك، فقيس على ذلك الموصى له الذي يقتل الموصي للحصول على الحق الثابت في الوصية، فهو أيضا يحرم من الوصية، لأن العلة واحدة وقد نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة[1] على الحالتين، وكذلك ما جاء عن ابن عباس رضي الله عنهما؛ أن

=

وتقابلها المادة الأولى من القانون المدني المصري رقم 131، لسنة 1948، والمادة الأولى من القانون المدني الأردني، رقم 43، لسنة 1976.

[1] – أنظر: المادة 135–188، القانون رقم 84–11، المتضمن قانون الأسرة، مصدر سابق.

امرأة أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: إن أمي ماتت وعليها صوم شهر فقال: "أرأيت لو كان عليها دين أكنت تقضينه؟، قالت : نعم، قال: "فدين الله أحق بالقضاء"[1]، ووجه الاستدلال هنا: أن النبي صلى الله عليه وسلم استعمل القياس، فألحق دين الله بدين الأدمي في وجوب القضاء[2].

ومثاله في التشريع الجزائري نص المادة 993 من القانون المدني، والتي تتكلم عن حقوق الامتياز الواقعة على أموال المدين، فذكرت النفقة المستحقة للأقارب عن الستة أشهر الأخيرة، فلم يذكر النص نفقة الزوجة، ولكن يمكن استخلاصها من النص بمفهوم الموافقة.

كما نجد أيضا أن القانون التجاري المصري القديم[3] ينص على أن التأمين البحري يعتبر عملا تجاريا، ولكن لم ينص على التأمين البري لأنه لم يكن معروفا عند وضع التقنيين التجاري. إلا أن الفقه والقضاء في مصر اعتبر التأمين البري عملا تجاريا قياسا على التأمين البحري.

- **قياس من باب أولى:** وفيه تكون العلة في الحالة التي لم ينص عليها أوضح منها في الحالة التي نص عليها فتأخذ حكمها من باب أولى، ومثال ذلك قوله تعالى: ﴿ ۞ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعۡبُدُوٓاْ إِلَّآ إِيَّاهُ وَبِٱلۡوَٰلِدَيۡنِ إِحۡسَٰنًاۚ إِمَّا يَبۡلُغَنَّ عِندَكَ

---

1 – أخرجه مسلم، كتاب: الصيام، باب: قضاء الصيام عن الميت، 1148.

2 – إيمان محمود عبيد، شروط القياس–دراسة تطبيقية على النوازل المعاصرة–، أطروحة دكتوراه، جامعة لاهاي، هولندا، 2014، ص 60.

3 – الفقرة الثالثة عشر من المادة الثانية من قانون التجارة الصادر بالأمر العالي في 13 من نوفمبر سنة 1883، ولكنها عدلت بعد ذلك في قوانين لاحقة، وصرحت هذه القوانين باعتبار كل التأمينات باختلاف أنواعها أعمالا تجارية.

ٱلْكِبَرَ أَحَدُهُمَآ أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُل لَّهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا ﴾[1]، فالآية تدل على عدم جواز التأفف من فعل أو قول الوالدين، ويقاس عليه أن الضرب من باب أول محرم وغير جائز.

ومن أمثلته في التشريع الجزائري ما جاء في المادة 197 من القانون المدني، على أنه: "إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري"، وبما أنه يحق للدائنين والخلف الخاص التمسك بالعقد الصوري، فمن باب أولى يحق لهم التمسك بالعقد الفعلي، خاصة وأنه والحالة تلك وضع المدين يكون أقوى [2].

كذلك في القانون الجنائي تنص المادة 279 على أصحاب الأعذار بما يلي: "يستفيد مرتكب القتل والجرح والضرب من الأعذار إذا ارتكبها أحد الزوجين على الزوج الآخر أو على شريكه في اللحظة التي يفاجئه فيها في حالة تلبس بالزنا"[3]، والنص لم يذكر العاهة المستديمة فيمكن أن نقيس على ذلك أن أحد الزوجين إذا سبب عاهة مستديمة للأخر في الحالة التي نصت عليها المادة يدخل ضمن أصحاب الأعذار المنصوص عليهم، وهذا من باب أولى.

- **القياس بمفهوم المخالفة:** والمقصود به؛ إعطاء حالة لم ينص عليها القانون، حكما مخالفا عكس الحكم المنصوص عليه في حالة أخرى قد نص

---

[1] – سورة الإسراء، الأية 23.

[2] – أنظر: د. عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية، دار ريحانة للكتاب، الطبعة الثانية، 2000، الجزائر، ص 204.

[3] – الأمر رقم 66–156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966، والمتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم، ج. ر العدد 49، لعام 1966.

عليها القانون لاختلاف العلة فيهما.

ومن ذلك ما نصت عليه المادة 369 من القانون المدني الجزائري [1]، من أن المبيع إذا هلك قبل تسليمه للمشتري يسقط عقد البيع ويسترد المشتري الثمن، وبمفهوم المخالفة لهذا النص القانوني يكون المعنى؛ أنه في حالة هلاك المبيع بعد التسليم لا يسقط العقد، ولا يرد الثمن.

وأيضا ما نصت عليه المادة 63 من القانون المدني الجزائري من أنه إذا عين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء هذا الأجل، أي لا يصح العدول عن الإيجاب إذا عين له مدة. ويؤخذ من ذلك عن طريق مفهوم المخالفة أنه إذا لم يعين أجل للقبول أمكن العدول عن الإيجاب.

وبناء على ما سبق نجد أن سلطة القاضي العادي وأحيانا الجنائي أمام النص الواضح تتميز بالمرونة فنراه يلجأ إلى التفسير الواسع للنص إلى حد أنه يذهب لاستخلاص المعني المقصود من روح النص وفحواه، في حين أنه يلجأ أحيانا أخرى إلى التفسير الضيق للنصوص؛ إذا كانت تلك النصوص تمثل استثناء من قاعدة عامة والاستثناء لا يقاس عليه، أما سلطة القاضي الإداري حيال النص الواضح فقد تميزت بما سيقدم في الفرع التالي.

الفرع الثاني: سلطة القاضي الإداري في حالة وضوح النص

إن عملية التفسير التي يمارسها القاضي في المادة الإدارية تمر بعدة مراحل متلاحقة ومترابطة ومتدرجة، يمكن تلخيصها في التالي:

---

[1] - الأمر 75-58 والمتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

1- مرحلة البحث عن النص القانوني المعني بعملية التفسير، ثم جمع كل متعلقات مصادر النظام القانوني للتصرف القانوني المعني بالتفسير.

2- مرحلة التفسير الحرفي أو اللفظي للنص موضوع عملية التفسير.

3- البحث عن إرادة المشرع الحقيقية أو المفترضة المتعلقة بالنص المراد تفسيره.

4- مرحلة البحث الحر عن المعنى المراد من النص القانوني الإداري الغامض أو المبهم [1].

فينظر القاضي ويبحث عن النص الواجب التطبيق على النزاع المعروض عليه، فإن كان معناه واضحا وظاهرا في أحكام وقواعد النصوص القانونية التي تحكم التصرف، حكم به وأعلن حكمه القضائي، وتتوقف عملية التفسير عند هذا الحد، ولكن بالنظر لطبيعة القانون الإداري واستثنائيته نجد أنه قد تستغرق مسيرة عملية التفسير كافة المراحل سالفة الذكر، وقد تتوقف في المرحلة الأولى، أو الثانية، أو الثالثة...، وهكذا حتى يتحقق الهدف من العملية التفسيرية ويتضح المعنى الحقيقي للنص.

فأحيانا نجد القاضي الإداري تحت ستار التفسير، يلجأ إلى تفسير القاعدة القانونية تفسيرا واسعا أو تفسيرا ضيقا لكي يتفق النص التشريعي مع إرادة المشرع الضمنية، أو مع المبادئ العامة للقانون.

---

[1] - V. Luc P. Patras, L'interprétation en droit public interne, Athènes, Theod. & Athan. N. Joannides, 1962, p36.

كما يمكنه أيضا أن يقوم بتفسير القاعدة القانونية تفسيرا محددا يجعلها تتوافق مع المبادئ القانونية العامة [1]، فنجده عندما يواجه قاعدة قانونية غير محددة أو عامة المعنى فإنه يحدد لها مضمونا يجعلها متفقة مع المبادئ القانونية العامة. حارصا على ألاّ يُخرج المعنى خروجا صريحا عن النص أو يتعارض معه، ولكن في أحيان كثيرة ينتهي به المطاف إلى خلق قانون جديد يختلف عن القاعدة الأصلية [2]، فيضع حلولا إن لم نقل إنها مختلفة تماما مع القاعدة، فهي على أقل تقدير غريبة عنها. وكل ذلك تحت ستار تفسير إرادة المشرع الضمنية.

فالقاضي الإداري وان كان لا يقدم مبدأ من المبادئ القانونية العامة على نص قانوني واضح وصريح، إلا أنه يعتبر هذه المبادئ قواعد تفسير يجب ألا تخرج عنها القوانين وخاصة الفرعية، كما هو الشأن بالنسبة للقاضي الإداري الفرنسي الذي ذهب تحت ستار التفسير إلى ضرورة احترام حقوق الدفاع، فقد كان الأمر [3] الصادر في 06 ديسمبر 1943 الخاص بالتطهير الإداري، لا تنص مادته الثانية على عدد قليل من الضمانات للذين يراد فصلهم، فلجأ القاضي الإداري الفرنسي تحت ستار تفسير إرادة المشرع الضمنية إلى أن يكفل لهم ضمانات كافية[4].

---

1 - V. Ripert " ‹les forces créatrices du droit" , op.cit., p 13.

2 – د. عبد الحليم شوقي الخطيب، الدور السياسي للقاضي الإداري في مصر، دراسة مقارنة، أسيوط، 1988، ص 32.

3 - Ordonnance du 6 décembre 1943, rétablissement de l'arrondissement administratif et de la sous – préfecture, JORF du 16 décembre 1943, page 333.

4 - conclusions o dent sur l'arrêt A Ramu, C.E 20, octobre, 1945, S. 1946, 3, 1.

كذلك ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى اعتبار القرارات الصادرة عن لجان التنظيم التي أنشأتها حكومة فيشي، لها طبيعة القرارات الإدارية حتى لا تكون بمنأى عن الطعن [1]، وبموجب هذا القرار اعترف مجلس الدولة بأنه مختص بتقييم مشروعية قرار لجنة تنظيمية أنشئت في أوائل الأربعينيات لتنظيم الإنتاج الصناعي في أوقات الندرة.

وفي نفس السياق –أي البحث عن إرادة المشرع الحقيقية–ذهب القاضي الإداري الفرنسي بشأن تفسير مرسومين [2] صدرا سنة 1927، إلى إنشاء مرافق عامة بلدية. حيث كان القضاء لا يسمح باعتبار بعض الأنشطة التجارية أو الصناعية مرافق عامة، إلا إذا فرضها الصالح العام وذلك اعتمادا على المبدأ العام التقليدي بحرية التجارة والصناعة، وقد كان هذا الاتجاه متوافقا مع إرادة المشرع واتجاهات الرأي العام، على خلاف القرارين المشار إليهما واللذين كانا متعارضين مع مذهب الاقتصاد الحر السائد آنذاك [3].

ومن أجل توسيع نطاق تفسير النصوص ساوى القاضي الإداري الفرنسي بين السلطة المهنية والسلطة العامة بغية إخضاع أعمال السلطة المهنية للرقابة القضائية [4]، وبموجب هذا القرار –قرار بوغين–اعتبر مجلس الدولة نفسه مؤهلا للبت في بعض القرارات الصادرة عن الأوامر المهنية.

---

1 - C.E, 31 Juillet 1942, monpeurt, S. 1942. 3. 37, conclusions S'égalât .

2 -Décret du 28 septembre 1926 portant réglementation du domaine .

3 -J.Morange : réflexions sur la protection accordée par le juge administratif à la liberté du commerce et de l'industrie D. 1956, 1, 1,17 .

4 - C.E 2، avril 1943, Bouguen C.S.1944.

وعلى نفس النهج الذي اتبعه مجلس الدولة الفرنسي–في تفسير إرادة المشرع الضمنية والعمل على توافق النصوص القانونية مع المبادئ العامة للقانون–سار مجلس الدولة الجزائري في مجال التأديب والهيئات التأديبية، إلى اعتبار مقررات المجلس الأعلى للقضاء في تشكيلته التأديبية تكتسي طابعا قضائيا؛ مما يعني أنها يطعن فيها بالنقض أمام مجلس الدولة [1].

كما أن القاضي الإداري من حيث الأصل رقابته لا تمتد إلى تقدير نسبة درجة العقاب المسلط في العقوبة التأديبية، إلا أن القضاء الإداري الجزائري[2] أجاز التدخل والرقابة، فيذكر في حيثيات قضية (ب.ي) ضد مدير التربية والتعليم : "وحيث أنه من الثابت فقها وقضاء، أن رقابة القاضي الإداري لا تمتد إلى تقدير نسبة درجة العقاب المسلط، إلا عندما لا يكون هناك عدم تلازم واضح بين نسبتي الخطأ والعقوبة، وحيث أن الأمر غير متحقق في قضية الحال، بالنظر إلى خطورة الخطأ الثابت في حق المستأنف وحيث بات في ضوء ما تقدم أن العقوبة المسلطة قائمة على أساس سليم من الواقع والقانون...".

كما ذهبت المحكمة العليا بغرفتها الإدارية في قضية (ف.م) ضد وزير العدل، إلى إبطال قرار فصلها من مهام موثق، بسبب أنه تم خرق مبدأ عام في

---

1 – قرار مجلس الدولة، الغرفة الثانية، رقم الملف 037228، المؤرخ في 2007/07/11، مجلة مجلس الدولة، العدد 09، 2009، ص59.

2 – قرار مجلس الدولة، رقم 424، فهرس 371، 1999/07/26، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، غير منشور، 2003، الجزء الأول، ص 183.

القانون، والمتمثل في أنها لم تطلع على ملفها ولم يتم سماعها، مما في ذلك من مساس بحقوق الدفاع[1].

وكان القاضي الإداري المصري أكثر جرأة عندما ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أن نقابة الأطباء من أشخاص القانون العام حتى لا تكون قراراتها التي تصدر في موضوع التأديب وفي مسائل القيد وغيرها خارجة عن طرق الطعن[2]، بل وقبلت الطعن على القرار الصادر برفض نقابة المهندسين طلب قيد أحد أعضائها[3].

وبالإضافة إلى ما سبق قد يلجأ القاضي الإداري في فرنسا الى تطوير مضمون القاعدة القانونية، وذلك تحت ستار التفسير والبحث عن نية المشرع مستهدفا استمرارية المبادئ العامة. فنجده عندما يتعذر نسبة أي خطأ إلى جهة الإدارة، يلجأ إلى أن يؤسس قضاءه على مبدأ الأعباء العامة حتى يحكم بالتعويض، كما أنه أيضا يقضي بالتعويض على أساس المخاطر[4]، فنجده في قضية شركة لافليريت لمنتجات الألبان وتضررها من قانون 29 يونيو 1934 والمتعلق بحماية منتجات الألبان من أجل الصالح العام، وقد كان مجلس الدولة

---

1 – قرار المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، رقم 75502، 1990/04/21، المجلة القضائية، 1992، العدد 03، ص 151.

2 – قرار الإدارية العليا رقم 1513، في 1983/06/11، لسنة 27 ق، نشرة المكتب الفني لسنة 28، الدائرة الأولى، ص11.

3 –قرار الإدارية العليا رقم 1342، في 1981/12/26، لسنة 23 ق، النشرة للمكتب الفني، لسنة 29، الدائرة الرابعة، ص3.

4 - C.E, 14 janvier 1938 - Société anonyme des produits laitiers "La Fleurette" - Rec. Lebon p. 25 .

قبل هذه القضية يقضي بعدم مسؤولية الدولة باعتبارها مشرعا، ولكنه هنا حلّل إرادة المشرع وذهب للأعمال التحضيرية المتعلقة بالقانون سالف الذكر، وانتهى إلى أن المشرع لم يرد أن يتحمل الطاعن العبء الذي أنشأه القانون، كما أن نشاط الشركة ذو طابع غير معاقب عليه أو ضار بالمجتمع، فمنح تعويضا للشركة مستندا إلى التوسع الذي أدخل على مبدأ تساوي الجميع أمام الأعباء العامة، إذا كان العبء الواقع بصفة خاصة جسيما وخاصا[1].

وكذلك فعل قاضي المنازعات الإدارية في الجزائر، فقد حكم بالتعويض على أساس المخاطر، وتحميل الدولة المسؤولية في حال ضرر للغير [2].

وفي ذات الاتجاه وتغليبا لدور المبادئ العامة، ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى الاعتراف بحق الإدارة في استبعاد متقدم للمسابقة لأسباب تتصل بمصالح العمل بالمرفق مسايراً مبدأ حسن انتظام وسير المرافق العامة. وإن كان في أحكام عديدة تصدى لتحديد ما يمكن اعتباره متفقا أو غير متفق مع صالح العمل في المرافق، كالشروط الخاصة بجنس المتقدمين [3] في قضية الأنسة دل بوبارد وزميلاتها في وزارة الحرب ضد المرسوم الذي يقضي بأحقية الذكور على الوصول إلى المستويات العليا من التسلسل الهرمي للإدارة المركزية لوزارة الحرب.

---

[1] - M. LONG, P.WEIL, G.BRAIBANT, B.GENEVOIS, P.DELVOLVé ،Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative, 19 édition, Dalloz, p.3 .14

[2] – قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في 1999/03/08، غير منشور، الفهرس رقم 141، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، ج1، ص 91.

[3] - C.E, 3 juillet 19 ،36DLLE bobard, D1937.3.38, conclusions Guionin .

وإذا وجد القاضي الإداري في فرنسا القاعدة القانونية المطبقة تخالف مبدأ أساسيا، فإنه يلجأ إلى تفسير النص تفسيرا ضيقا للغاية لدرجة قد تصل إلى تعطيله. وهذا ما اتبعه القاضي الإداري الفرنسي في قضية دام لا موت *Dame Lamotte*[1] إذا واجه مجلس الدولة نصاً تشريعياً[2] يقضي بأن الإجراء المنصوص عليه فيه لا يمكن أن يكون موضوعا لأي طعن إداري أو قضائي، فذهب في تفسير هذا النص إلى الاعتراف بحق الطعن في أي عمل إداري، حتى في الحالات التي لا ينص فيها نص على فعل من هذا القبيل، أو حتى عندما يحظره القانون صراحة، ولم يستبعد الطعن بتجاوز السلطة الذي ينبغي أن يكون مفتوحا أمام أي قرار إداري حتى دون نص، تغليبا لمبدأ المشروعية. وهو المبدأ الأكثر أهمية في القانون العام.

وفي نفس الصدد ذهب المجلس الأعلى الجزائري [3] بغرفته الإدارية إلى أن الطعن من أجل تجاوز السلطة طعن يطعن به حتى في حالة عدم وجود نص، وفي جميع القرارات الإدارية التي تتضمن ضررا بالغير.

كما ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى أن نص المادة الثانية من القانون رقم 38 لسنة 1963[4]، إذ حصنت قرارات لجان تقييم محالج القطن

---

[1] - C.E 17 février 1950 R.D.P 1951 P. 478, Conclusions, J. Delvolvé, note M. Waline.

[2] - l'article n : 4, de la LOI n° 284 du 23 mai 1943 assurant l'exploitation des terres Abandonnées .

[3] – قرار المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، رقم 45707، 1987/01/17، نشرة القضاة، 1988، العدد 44، ص76.

[4] – المادة الثانية من القانون رقم 38 لسنة 1963، والمتعلق بتأميم محالج القطن جاء فيها: "تكون قرارات لجان التقييم نهائية وغير قابلة للطعن فيها بأي وجه من أوجه الطعن".

المؤممة من رقابة القضاء تكون قد انطوت على مصادرة حق التقاضي، وأخلت بمبدأ المساواة بين المواطنين [1].

وعلى هذا الأساس سار القاضي الإداري محتفظا بالأولوية في التطبيق للمبدأ العام، ثم مفسرا للنص التشريعي المخالف للمبدأ تفسيرا يجعله استثناء يطبق في أضيق الحدود، حارصا على أنه إذا واجهته قاعدة عامة أو غير محددة المعنى، يحدد لها مضمونا ومعنى يجعلها متفقة مع المبادئ العامة للقانون، غير خارجة خروجا صريحا عن النص ولا متعارضة معه، مع أن القاضي الإداري كان غالبا يميل لكفة المبادئ العامة للقانون.

وتطبيقا لقاعدة "النص الخاص يقيد العام"، ذهب القضاء الإداري الجزائري إلى اعتبار القوانين الخاصة المصدر – أي القوانين والتنظيمات الصادرة بخصوص مجال مخصص–تأتي في الدرجة الأولى من حيث الأخذ بها [2].

وهكذا تميز القاضي الإداري في فرنسا خاصة والجزائر عموما بالمرونة الشديدة، المرونة التي تجعله يطوع النصوص ضيقا واتساعا حتى تتفق مع المبادئ العامة للقانون، وغالبا ما ينتهي هذا إلى خلق قانون جديد تماما يختلف عن القاعدة الأصلية [3].

---

[1] – حكم المحكمة الإدارية العليا، في 1984/02/11، رقم 511، لسنة 26 ق، نشرة المكتب الفني المؤقتة، السنة 29، الدائرة الأولى، ص 642.

[2] - د. عمار بوضياف،

[3] – د. عبد الحليم شوقي الخطيب، مرجع السابق، ص 33.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في حالة وجود عيب أو غموض في النص

إن النصوص القانونية ليست كلها على درجة واحدة من وضوح الدلالة، إذ أن بعض تلك النصوص قد يعتريها الغموض، إما لأنها مقتضبة لا يساعد منطوقها القاضي عند تطبيقها لإصدار الحكم القضائي، أو لأن ألفاظها قد وردت على وجه الإجمال فتحتاج إلى تفصيل، أو إطلاق فتحتاج للتقييد، أو عموم فتحتاج للتخصيص، لذا ولكي يتمكن قاضي الموضوع من تطبيق تلك النصوص كان حتما عليه أن يقوم بتفسير تلك النصوص الغامضة وفقا لقواعد التفسير المتعارف عليها، ولذلك كان التفسير من مسائل القانون وليس الواقع، وكان لابد من إخضاعه لرقابة القضائية[1].

إذا كان الدور الذي يلعبه اجتهاد القاضي –سواء العادي أو الإداري – في حالة وضوح النص له من الأهمية ما بيّنته في المطلب الأول، فان هذه الأهمية تزداد وضوحا وفاعلية في حالة غموض النص. هذا الغموض الذي يرجع لعدة أسباب منها:

الخلل في الصياغة، سواء كان هذا الخلل في صورة خطأ مادي أو خطأ معنوي، وقد يكون هذا الغموض ناتج عن ضرورات السياسية التشريعية لملاءمة المستجدات الحديثة والنوازل، أو إضفاء صفة العموم أو الإجمال أو الإطلاق على النص، كما قد يكون لعامل اللغة –الألفاظ– دور في هذا الغموض، أو تكميل ما

---

[1] – عباس قاسم الداقوقي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص 151.

نقص من النص ليستقيم المعنى، والتوفيق بين أجزائه إذا ما كان هناك تناقض وتعارض.

ولما كانت سلطة ودور كل من القاضي العادي والإداري تختلف تجاه النص الغامض، ذهبت إلى تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، وإفراد فرع مستقل لكل منهما على المنوال التالي:

الفرع الأول: سلطة القاضي العادي في حالة غموض النص.

الفرع الثاني: سلطة القاضي الإداري في حالة غموض النص.

الفرع الأول: سلطة القاضي العادي في حالة غموض النص.

إن عملية التفسير التي يمارسها القاضي يغلب عليها الطابع العملي، فنجد القاضي يعيش مع النصوص المجردة في تطبيقها على الحالات الفردية التي يكون بصدد النظر منازعاتها، الأمر الذي يكشف له حاجة النصوص للبيان والتوضيح، لكي يستطيع أن يغطي ظروف كل حالة على حدة، فيذهب للكشف عن حقيقة معنى النص ببذل جهد ذهني، مستعينا بقواعد المنطق وأساليب اللغة العربية، لكي يصل للغاية والهدف المقصود والمتمثل في بيان النص القانوني.

وقد يكون النص غامضا لا يدل على المعنى المراد منه دلالة واضحة، ويحتاج إلى عامل خارجي للاستعانة به في فهم المعنى المقصود منه، وقد يكون النص معيبا بخطأ قانوني، أو خطأ مادي، أو خطأ معنوي، وقد يكون النص ناقصا، أو متعارضا مع نصوص أخرى.

وإذا كانت الأسباب المؤدية لتفسير النص القانوني متعددة ولها أشكال، فان أسلوب القاضي في معالجتها يختلف تبعا لذلك، ومن أمثلة الخطأ الذي يعتري النص:

أولا: الخطأ القانوني

وهو ما يقع من اضطراب فني قانوني في حكم النص بغير قصد، وتدل على وجوده القواعد العامة، أو هو هو عيب في لغة النص التشريعية متعلقة بلفظ فيها أو إضافة شرط أو اختصاص بصورة تتعارض مع الواقع أو المنطق أو السياق العام للقانون[1]، ومن أمثلة الخطأ القانوني ما ورد في المادة 940 من القانون المدني الجزائري التي نصت على أنه " لا يجوز أخذ حق التخصيص إلا على عقار أو عقارات معينة مملوكة للمدين وقت قيد هذا الحق وجائز بيعها بالمزاد العلني " وصحة النص : "لا يجوز أخذ حق الاختصاص إلا على عقار أو عقارات معينة مملوكة للمدين وقت أخذ الحق.."، لأنه يتعين أن يكون العقار مملوكا للمدين عند أخذ حق الاختصاص على العقار، فلا يعقل أن يأمر القاضي بالاختصاص على عقار دون أن يكون هذا العقار في ملك المدين، وإن كانت العبارة توحي أنه سيدخل في ملكه فيما بعد[2]، ونفس الخطأ وقع فيه

---

1 – د. علي هادي الهلالي، تفسير قوانين الضرائب في العراق، رسالة دكتوراه، جامعة بغداد، 2004، ص 74.

2 – الأمر 75–58، والمتضمن القانون المدني، مصدر سابق.

المشرع المصري في المادة 1088 قانون مدني مصري وبنفس الخطأ، إلا أن المشرع الجزائري سماه حق التخصيص والمصري سماه حق الاختصاص[1].

وكذلك ما ورد بالفقرة الأولى من المادة 92 من القانون المدني الجزائري والتي تقضي بأنه يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا، فتبدوا كلمة " محققا " خطأ، وذلك لأن التعامل في الشيء المستقبلي جائز ما دام ممكنا وغير مستحيل، ومحل العقود الاحتمالية يمكن أن يوجد ويمكن ألا يوجد. مما يعني أنه ليس بالضرورة أن يكون المحل المستقبلي محقق الوجود، بل يكفي أن يكون وجوده ممكنا لا مستحيلا استحالة مطلقة.

وأيضا نص المادة 22 من القانون المدني الجزائري، والتي تنص على أنه في حالة تعدد الجنسيات فالقاضي يطبق الجنسية الحقيقية، فعبارة الحقيقية كلفظة تدل على أنه قد يكون هناك جنسية غير حقيقية أي مزورة، مع أن المقصود الجنسية الفعلية أو الواقعية والتي يكون الشخص أكثر ارتباطا بها، كالإقامة الطويلة، ومركز العمل، وتأدية الخدمة العسكرية فيها...إلخ.

ثانيا: الخطأ المادي

الخطأ المادي هو: "سهو يقع فيه المشرع وينبغي تصحيحه، وهو من العيوب التي تلحق النص"[2]، ويكون بسقوط عدد أو حرف أو أكثر سهوا أثناء

---

1 – د. سليمان مرقص، الوافي في سرح القانون المدني، دار الكتب القانونية، الطبعة الثالثة، بيروت، 1995، ص420.

2 – د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الطبعة الرابعة، مصر، 1998، ص 223.

الطباعة، أو وضع لفظ مكان لفظ آخر، أو إغفال لفظ كان يجب ذكره.

ومن أمثلة الأخطاء المادية ما نصت عليه المادة 220 من القانون المدني الجزائري من أنه " إذا برئت ذمة الدائن قبل أحد الدائنين المتضامنين لسبب غير الوفاء فلا تبرأ ذمته قبل الدائنين الآخرين إلا بقدر حصة الدائن التي برئت ذمته من أجله"، فهنا خطأ في وضع لفظ مكان لفظ آخر والصحيح أن توضع كلمة المدين في بداية عبارة نص هذه المادة بدل الدائن، لأن المدين هو الذي يقع على عاتقه تنفيذ الالتزام، وبالتالي فهو الذي تبرأ ذمته بأحد أسباب انقضاء الالتزام[1].

كذلك ما نصت عليه المادة 418 من القانون المدني الجزائري، من أنه: "يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا....."، فلفظ الكتابة جاء مطلقا دون تخصيص، مما قد يفهم منه إدخال كل من العقد الرسمي والعقد العرفي في ذلك، ولكن بالرجوع لنص المادة بالفرنسية كان اللفظ فيها ينص على العقد الرسمي بقوله : "*Par un acte authentique*"[2].

وقد يأتي الخطأ المادي نتيجة إحلال لفظ محل لفظ أخر، كما كان الأمر فيما يخص المادة 68 من الدستور المعدل لسنة 2016، والمتعلقة بدسترة حق المواطن في بيئة صحية وسليمة، حيث كان رأي المجلس الدستوري المنشور في

---

[1] – د. محمدي فريدة زواوي، المدخل للعلوم القانونية/ نظرية القانون/، الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، 1996، الجزائر، ص 142.

[2] – أنظر: د. عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية، مرجع سابق، ص 205.

الجريدة الرسمية [1] جاء فيه لفظ " للمواطن الحق في بيئة صحية"، أما النسخة التي تمثل القانون المتضمن تعديل الدستور جاء فيها: "للمواطن الحق في بيئة سليمة".

كما ورد في نص المادة 120 من القانون المدني المصري القديم التي نصت على أنه "يجوز أن يكون التعهد معلقا على أمر مستقبل أو غير محقق" والصحيح هو: "أمر مستقبل وغير محقق"، والخطأ في إحلال لفظ أو محل لفظ الواو "[2].

كذلك نص المادة 228 /2 من القانون المدني المصري والتي نصت على "وكل عمولة أو منفعة أيا كان نوعها..."، والصحيح هو " وكل عمولة أو نفقة" وليس منفعة وهو اللفظ الذي كان في المادة 125 مدني قديم [3].

ثالثا: الخطأ اللغوي

كذلك قد يكون الخطأ لغويا ومن أمثلة ذلك ما جاء بنص المادة 253 من قانون العقوبات المصري: "كل من وضع نارا عمدا في مبان أو سفن أو مراكب......" يعاقب بالأشغال الشاقة مؤقتا" وما جاء بنص المادة 213 عقوبات أيضا من أنه: "يعاقب بالأشغال الشاقة مؤبداً من وقعت منه سرقة مع.....".

---

1 – الجريدة الرسمية رقم 14، لسنة 2016.

2 – د. سليمان مرقص، الوافي فيرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 352.

3 – المادة 125 مدني قديم معدل بموجب المرسوم رقم 20، لسنة 1938.

وصحة النص تكون بعبارة " بالأشغال الشاقة المؤقتة أو المؤبدة"، إذ المؤقتة أو المؤبدة صفة للأشغال وليست حالا للفعل يُعاقب"[1].

رابعا: النقـص أو الإغفال

وقد يكون غموض النص من النقص *L'omission* الذي يصيب النص، ويكون ذلك إما من إغفال لفظ في النص بحيث لا يستقيم الحكم بدونه [2]، أو عدم ذكر المشرع لحالات يجب ذكرها من أجل المساهمة في توضيح ومعرفة مراد المشرع من القاعدة القانونية، الأمر الذي يدفع بالقاضي إلى تفسير هذه القاعدة وإكمال هذا النقص معتمدا في ذلك على إرادة المشرع وقصده.

ومن أمثلة ذلك ما جاء في المادة 1599 من التقنين المدني الفرنسي [3] التي تقضي بأن: "بيع ملك الغير باطل"، فما المقصود بالبطلان هنا؟ أهو البطلان المطلق أم البطلان النسبي؟ لأن أحكام كل منهما تختلف عن أحكام الآخر؛ فالبطلان المطلق يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك به، ويكون للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ولا يزول بالإجازة، أما البطلان النسبي فلا يملك التمسك به إلا من شرع حق طلب لمصلحته، ويزول بالإجازة، كما يسقط حق إبطال العقد بالتقادم، وإزاء هذا الغموض حول طبيعة البطلان في هذه الحالة،

---

1 – د. عبد الفتاح الصيفي، القاعدة الجنائية دراسة تحليلية على ضوء الفقه الجنائي المعاصر، الشرقية للنشر والتوزيع، بيروت، 1967، ص 357.

2 –د. توفيق حسن فرج – المرجع السابق ص 424.

3 – القانون المدني الفرنسي لعام 1804.

يتعين على القاضي الوقوف على البطلان الأقرب للصواب وللنية الحقيقية للمشرع.

ونجد المشرع الجزائري ذكر في نص المادة 397 من القانون المدني، أنه إذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع، فاستعمل لفظ الإبطال ولم يبين نوعه، لكن من مضمون الفقرة الثانية بينت نوع البطلان المقصود وهو البطلان المطلق على خلاف المشرع الفرنسي.

وكذلك ما جاء في المادة 124 من القانون المدني الجزائري لسنة 1975، من أن: "كل عمل أيا كان يرتكبه المرء، ويسبب ضررا للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"، هنا أغفل المشرع لفظ الخطأ، لأن المشرع لم يقصد أن يرتب التزاماً بالتعويض عن كل فعل ينشأ عنه ضرر سواء أكان الفعل خطأ أم لا، لكنه قصد الفعل الخاطئ، وتفطن المشرع بعد ذلك في تعديل سنة2005، وأصبحت المادة 124 من القانون المدني الجزائري تنص على أن:" كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

وقد يأتي النص مقتضبا لا يتضمن كل ما يجب ذكره [1]، من ذلك نص المادة 68 من القانون المدني القديم، والتي كانت تتكلم عن التقادم القصير المكسب للملكية فذكرت شرطين هما: الحيازة مدة خمس سنوات، والسبب

[1]– د. عبد الرزاق السنهوري ود. حشمت أبو ستيت، أصول القانون / أو المدخل لدراسة القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، 1950، ص 243.

الصحيح، ولم تذكر شرط "حسن النية، رغم أن هذا الشرط لازم بالضرورة [1]، وقد تفطن القضاء إلى هذا المفهوم وقام بإكمال النقص واللفظ المغفل، مستندين في ذلك على قصد المشرع [2].

كما قد يكون الغموض مقصودا في بعض الأحيان لإطلاق يد القاضي في التفسير، والملاحظ للمادة 353 من قانون العقوبات الجزائري[3]، في الفقرة الثانية يجدها تتكلم عن السرقة إذا ارتكبت ليلا، ولكن المشرع لم يحدد معنى الليل بدقة ووضوح، فلفظ الليل يحمل معنيين هما؛ انتشار الظلام حسب ما هو معروف عرفا، والمعنى الفلكي والممتد من غروب الشمس إلى شروقها، وهنا وجب على القاضي الجنائي أن يحدد المعنى المقصود، فالفارق بينهما بسيط ولكن ينقل الفعل من التجريم للحل، ولعل المقصود يكون الليل معناه فترة الظلام، فهي المشجعة على جريمة السرقة[4].

وكما يأتي الغموض لخلل في الصياغة فقد يأتي نتيجة مهارة في الصياغة أي أن الغموض يكون مقصودا تقتضيه السياسة التشريعية. فقد تقتضي طبيعة الموضوع أن يضع المشرع قاعدة عامة ويترك للقاضي تفصيل الجزئيات ليضفي

1– د. محمد علي إمام، محاضرات في نظرية القانون، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، 1975 ص 400.

2– أنظر: د. عبد المنعم البدراوي، مبادئ القانون، دار الكتاب العرب، مصر، 1985، ص 152.

3 – الأمر رقم–66156، المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة1966، والمتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 06–23، المؤرخ في 29 ذي القعدة 1427 الموافق 20 ديسمبر 2006، الجريدة الرسمية رقم 84، لسنة 2006.

4 – أنظر: د. غالب علي الداودي، المدخل إلى علم القانون، دار وائل للنشر، الطبعة السابعة، 2004، الأردن، ص 221.

قدرا من العدالة عند التطبيق [1]، كالفلسفات العامة المعبر عنها بالنظام العام والآداب العامة أو الضرر الغير مألوف، فالمشرع يترك أمرها للقاضي في إطار السلطة التقديرية ليستنبط من الحلول ما يكون ملائما لكل حالة على حدة، ولقد ذهبت المحكمة العليا في تعريفها للضرر الغير مألوف بقولها : " الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو مصلحة مشروعة له، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة ذات قيمة مالية أو لم تكن...، بل يكفي أن تقع على تلك المصلحة ولو لم يكفلها القانون بدعوى خاصة، طالما أنها غير مخالفة له " [2]، مما يعني أن الضابط في تقدير الضرر بأنه عادي أو غير عادي؛ هو ضابط موضوعي عند التطبيق، فلابد على القاضي والحال كذلك؛ أن يوازن بين المصالح ويأخذ بعين الاعتبار مرونة المعايير المطروحة – كطبيعة العقار، والغرض المخصص له، والأعراف، وظروف المكان والزمان– ثم الاستعانة بأصحاب الخبرة والتخصص ليستطيع أن يستنبط ما يعد ضررا عاديا وما لا يعد كذلك.

ولرفع الغموض الذي يعتور النص قد يلجأ القاضي العادي لوسائل مساعدة خارجة على النص مسترشدا بها كالأعمال التحضيرية؛ والتي تتمثل في مجموعة المناقشات والمذكرات التفسيرية للمجالس التشريعية، وأعمال اللجان المسؤولة على تحضير التشريعات، ومحاضر الجلسات، فهذه كلها وثائق يستفيد منها المفسر

---

1 – يحيى رزق الصرمي، مرجع سابق، ص 89.

2 – قرار المحكمة العليا رقم 443620، الغرفة العقارية، 2008/03/12، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2008، ص 257.

لتبيين الغرض الذي قصده المشرع، وتكشف عن نيته الحقيقية عند وضع النص، إلا أنه ينبغي معرفة أنها تتضمن في بعض الأحيان آراء فردية خاصة بأصحابها الذين يثيرونها عند النقاشات المتعلقة بالقانون، ولذلك فهي تعتبر وسائل استئناسيه لا إلزامية، وإلى ذلك ذهب القضاء المصري ممثلا في محكمة النقض إلى أن : "القاضي مطالب أولا الرجوع إلى نص القانون ذاته وإعماله على واقعة الدعوى في حدود عبارة النص، فإذا كانت واضحة الدلالة فلا يجوز الأخذ بما يخالفها مما يرد في الأعمال التحضيرية – ومن بينها المذكرات التفسيرية المرافقة للقانون– وتغليبها على عبارة للنص لخروج ذلك عن مراد الشارع "[1]، وفي بلادنا الجزائر للأسف فإن مثل هذه الوثائق غير متوفرة بين يدي الباحثين ورجال القانون، للاطلاع عليها والعمل المساهمة في تطوير الفكر القانوني [2].

وأيضا المصادر التاريخية للنص؛ وهي المصادر التي أخذ منها القانون قواعده واستمد منها أحكامه، والتشريع الجزائري نجد أن مصدره الأساسي يتمثل في قواعد الشريعة الإسلامية والقوانين الفرنسية كما هو حال غالب التشريعات العربية، وبرجوع القاضي إلى الأصل التاريخي للنص من شأنه أن يكشف عن الظروف التي كانت قائمة عند وضعه، ويعين على معرفة إرادة المشرع [3]،

1 – نقض جنائي، 1959/06/09، مجموعة أحكام النقض، س 10، رقم 143، ص 639.

2 – أنظر: د. نجاة بضراني، مدخل لدراسة القانون، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الثالثة، 2005، المغرب، ص282.

3 – د. توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص420.

فالقاضي العادي عندما يكون له نص قانوني غامض ومبهم في قانون الأسرة [1] مثلا، فإنه يرجع لقواعد الفقه الإسلامي التي تعتبر المصدر التاريخي لهذا القانون.

ويستطيع القاضي أيضا أن يرجع لحكمة التشريع، فالنصوص القانونية حين توضع من طرف المشرع لا توضع اعتباطا أو دون غاية وهدف، وإنما يضعها المشرع لهدف وحكمة يتغياها ومصلحة اجتماعية أو اقتصادية يبتغيها، مما يجعل استخلاص المفسر للحكمة من وضع النص القانوني يسهل تفسيره وتطبيقه. ومثال ذلك: التشدد في منع إخراج العملة الصعبة إلى الخارج، بسبب أنها تخرب الاقتصاد الوطني [2].

وكذلك قد يأتي الغموض من تعارض للنصوص، فإذا تعارض نصان ولم يمكن الجمع بينهما أو ترجيع أحدهما على الآخر أمكن الاستعانة بالقرائن الخارجية، كما يمكن أن يقدم النص الأعلى في سلم التدرج التشريعي على النص الأدنى، فيقدم القانون العادي على الفرعي ويعتبر ذلك كأنه نسخ، فالنص اللحق يلغي النص السابق، والنص الخاص يقيد العام؛ لأن النص الخاص يحوي فضلا عما يحتويه النص العام، عناصر إضافية جعلته يخصص العام، ومن الأمثلة

---

1 – القانون رقم 84–11، المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984، والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05–02، المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005، الجريدة الرسمية رقم 15، لسنة 2005.

2 – أنظر: د.نور الدين أشحشاح، محاضرات في تفسير النصوص القانونية، مطبعة أسبار طيل، الطبعة الأولى، 2006، المغرب، ص 87.

التي يمكن إدراجها في مسألة تعارض النصوص وتناقضها، الوضعية التي يجد القاضي الفرنسي نفسه فيها عندما يتعلق الأمر بالحجاب الإسلامي والذي هو من الحريات الدينية المكفولة دستوران والعلمانية ومبادئها أيضا المكفولة دستوريا وقانونيا[1].

ومما سبق تتجلى لنا سلطة القاضي العادي في حالة غموض النص، فنجده يتدارك الخطأ في عبارة النص، ويبحث عن إرادة المشرع الضمنية، ويهتدى ويسترشد بحكمة التشريع، ويستدرك النقص، ويحل إشكال التعارض والتناقض، وحتى لا تكون هذه النصوص الغامضة أداة للتعسف في يد السلطة التنفيذية أو القضائية، ولذلك تخضع هذه التفسيرات القضائية لرقابة المحكمة العليا عن طريق الطعن في تلك القرارات التي يكون مضمونها تفسير نصوص قانونية، أو وهي تقوم بتوحيد الاجتهادات القضائية على مستوى القضاء العادي، والهدف من كل ذلك هو تحقيق للعدالة والإنصاف.

الفرع الثاني: سلطة القاضي الإداري في حالة غموض النص

إن الدور الذي يضطلع به القاضي الإداري في التعامل مع المادة الإدارية الغامضة والمبهمة أصعب مسارا وأشق تحديدا، وأكثر حتمية ومصيرية من أي فرع من فروع القانون، وذلك إذا أخذنا في الاعتبار الوضع الخاص للقانون

[1] – د. نور الدين أشحشاح، المرجع نفسه، ص 105.

الإداري، كونه قانونا غير متقن، ولا تربط بين نصوصه وأحكامه المتفرقة مبادئ ونظريات عامة تجمع شتاتها، وتبعث فيها روحا من الانسجام والوحدة [1]،

فالنصوص القانونية كثيرا ما تكون في شكل من الصياغة، وتركيب الجمل، واستعمال المصطلحات، ما يجعل عملية تطبيقها يحتاج إلى عناية خاصة، ومهارة عالية، تسعى للتوفيق بين إدارة لها امتيازات السلطة العامة وتسعى لتحقيق المنفعة العامة، وبين حقوق للأفراد تقوم على المصلحة الخاصة، في إطار مبدأ الشرعية، هذه العناية تكون من ناحية تفسيرها، والوصول بشأنها إلى نية المشرع الحقيقية، الأمر الذي يجعل عملية التفسير لا تتم بطريقة أو بأسلوب واحد، بل تتنوع الأساليب والإجراءات بحسب نوع الغموض وأسبابه.

ويعتبر التفسير من أخص وظائف القاضي دون جدال، وبالأخص عندما يجد نفسه ملزما بإيجاد حل للنزاع المعروض عليه، وذلك برفع الغموض الذي يصادفه ليصل إلى التفسير الذي يراه متفقا مع نية المشرع الحقيقية.

وأسباب الغموض التي تصيب النص أمام القاضي الإداري لا تختلف عن التي تكون أمام القاضي العادي، فالغموض قد يكون نتيجة خلل في الصياغة وذلك بإحلال لفظ محل آخر، أو نتيجة ما تقتضيه السياسة التشريعية من مهارة، وقد يأتي النص غامضا غموضا تحتمه طبيعة اللغة، فاللغة العربية بحر زخار ليس له قرار، زاخرة بالألفاظ والعبارات ذات الدلالات المشتركة، فقد يطلق اللفظ

---

[1] – د. عصام عبد الوهاب البرزنجي – السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية – أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1971، ص139.

يكون له أكثر من معنى، وقد يعود الغموض لمرونة النص وجعله يتوافق مع مختلف الظروف السائدة والنوازل اللاحقة، ليطلق يد القاضي بقدر من النظر فيما يحقق الحرية والعدالة عند التطبيق.

ومن أمثلة ما يسنّه المشرع من قواعد عامة ومعايير مرنة؛ معيار النظام العام[1]، والآداب العامة [2]، الضرر غير المألوف [3].

---

1 – في الحقيقة لا يوجد إجماع حول مفهوم دقيق لمفهوم النظام العام، وذلك راجع إلى أنه فُهم فهما متباينا، سواء من حيث التطبيق أو تبعا لاختلاف الزمان والمكان، ولذلك تنوعت التعاريف المتعلقة بالنظام العام تنوعا كبيراً،وعرف النظام العام بأنه :"يمثل ظاهرة قانونية واجتماعية تشكل مجموعة من القواعد الأساسية في المجتمع ,والتي لا يجوز مخالفتها بأي حال من الأحوال، وإلا تحلل المجتمع بنفسه، وهذه القواعد تجد مصدرها، في القوانين أو العرف أو أحكام القضاء، وهي تتصف بالمرونة والنسبية، وتختلف باختلاف النظام السياسي والاجتماعي والاقتصادي السائد في الدولة"، د. عبد العليم عبد المجيد مشرف، دور سلطات الضبط الإداري في تحقيق النظام العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 61.

2 – المقصود بالآداب العامة: هي الحد الأدنى من المعتقدات والأفكار والقيم الأخلاقية التي تواتر أفراد المجتمع على اتباعها، ووجوب احترامها والتقيد بها، كونها تمثل انعكاساً للأخلاق العامة والتي تتجدد وفقاً للعادات والتقاليد والأعراف الاجتماعية وأحكام القضاء، د. سعاد الشرقاوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2009، ص 112.

3 – تعددت الأراء القانونية والفقهية في تحديد مفهوم الأضرار الغير مألوفة في اتجاهات شتى، فمنها من عرفت الضرر غير المألوف بأنه خروج عن حدود الحق، أي حق الملكية، ومنهم من عرفه بأنه استعمال الحق على نحو يضر بالغير، ومنهم من عبر عنه بالضرر الفاحش الذي يلحق بالغير وينجم عن استعمال الحق، وفي الواقع هي مسألة موضوعية تتجلى عند التطبيق، يستنتجها القاضي من مختلف الوقائع، مستعينا بأصحاب الخبرة، أنظر: المستشار. عز الدين الدناصوري المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الجزء 1، 2004، مصر، ص153، د. محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني الجديد، منشأة المعارف، الجزء1، 2005، مصر، ص 275.

ولقد كان لمرونة هذه المعايير الدور الكبير في تمكين القاضي الإداري من مواجهة كافة المستجدات والمتغيرات التي تطرأ بتطور الزمن وازدهار الاقتصاد والتكنولوجيات الحديثة، الأمر الذي يجعل دور المشرع يكمن في وضع المصطلحات العامة والمعايير المرنة، فمن جهة يمنح السلطات الإدارية المختصة سلطة تقديرية تهدف لتكييف وملائمة الأعمال الإدارية من الناحية الواقعية والفنية والعملية لتطبيق القانون الإداري تطبيقا واقعيا ومرنا وفعالا، ولتحقيق المصلحة بصورة ملائمة وسليمة وعادلة ومنطقية[1]، ومن جهة أخرى يترك للقاضي الحرية والنظر في تقديرها وإسقاطها على الواقع، مستعينا بأهل الخبرة والاختصاص.

ومن الأمثلة على ذلك؛ " الضرر غير المألوف" في المسائل المتعلقة بالجوار، فقد ترك المشرع للقاضي حرية واسعة في تقدير الضرر مراعيا في ذلك العرف والظروف الخاصة، كطبيعة العقار، وموقعه، والغرض المخصص له، وتطبيقا لذلك فإن تقدير الضرر يختلف باختلاف طبيعة العقار، فهناك من العقارات من طبيعتها تتحمل تلك الأضرار، فيكون الضرر في حقها ضررا مألوفا، وهناك عقارات لا تتحمل طبيعتها تلك الأضرار، فتكون في حقها أضرارا غير مألوفة، فمثلا لو كانت طبيعة العقار معملا أو مطبعة، أو ورشة للخراطة، نجد فيها عدد من الآلات والعمال، ويصدر عنها ضوضاء بسبب ذلك، فيكون حينها الضرر الناتج عن هذه الآلات والضوضاء ضررا عاديا بالنسبة لهذا النوع من العقارات، ويكون غير عادي إذا كان صادرا من مكان للسكن أو مسجد أو

[1] - V. Luc P. Patras, L'interprétation en droit public interne, op.cit., p 180-212 .

مصحة[1]، وفي نفس السياق يعتبر الترخيص الإداري وسيلة إدارية تستخدمها الإدارة لبسط رقابتها على الأفراد سواء كانت رقابة سابقة أو لاحقة، بما له من دور وقائي يمنح الإدارة الإمكانية والقدرة على تفادي المشاكل في المجتمع بصفة عامة، وتفادي الإضرار بالجار بصفة خاصة، ومن بينها رخصة البناء التي تعتبر قرارا إداريا يجسد إجراءات الضبط الإداري، وعملا تقنيا وقانونيا في الوقت نفسه، بالإضافة إلى أنها رخصة عينية لكونها مرتبطة بالعقار الذي سيتم بناؤه[2]، وقد ذهب الاجتهاد القضائي الإداري في الجزائر إلى القول بإمكانية رفع دعوى لإلغاء رخصة البناء حتى وإن كانت شرعية، إذا ثبت بأنها ستحدث ضررا للغير، أو تمس بالنظام العام[3].

وكذلك ذهب المشرع إلى ترك أمر تقدير ما يعتبر من النظام العام للعرف السائد والفلسفات التي يعتقدها الأفراد في مجتمعاتهم، والتي تتغير من بلد إلى آخر، بل قد تتغير في البلد الواحد من منطقة إلى أخرى، ومن وقت لآخر، فما يعد من النظام العام في الجزائر قد لا يكون كذلك في فرنسا، وكذلك ما يعد من النظام العام في فرنسا في وقت ما قد لا يكون كذلك في وقت آخر، ولقد كان مجلس الدولة الفرنسي لفترة من الزمن، يعتبر أنّ النظام العام الذي يسمح بتدخل

---

[1] – أنظر: د. أنور طلبة، الوسيط في شرح القانون المدني، المكتب الجامعي الحديث، الطبعة الأولى، 2004، مصر، ص 67.

[2] – د.عزري الزين، قرارات العمران الفردية وطرق الطعن فيها، دار الفجر، الطبعة الأولى،2005، القاهرة، مصر، ص 07.

[3] – قرار المحكمة العليا رقم 22236، الغرفة الإدارية، 1981/07/11، نشرة القضاة، العدد الثالث، 1986، ص73، وقرار مجلس الدولة رقم 12، الغرفة العقارية، ح. ب. ع، ص215.

سلطات الضبط هو النظام العام المادي، ذو المظهر الخارجي، وليس لهذه السلطة أي تدخل في ما يتعلق بالمعتقدات والعواطف، لكنّالزمن وتغير الظروف والأذهان سرعان ما جعله يعدل عن رأيه، إذ سمح للإدارة أن تتدخّل للحفاظ على النظام العام المتعلق بالآداب، فقضى بشرعية قرار الإدارة بمنع عرض المطبوعات الّتي تصف الجرائم والفضائح، في الأماكن العامة، وكذلك منع الأفلام ذات الطابع اللاأخلاقي، ومن أمثلة ذلك قرار مجلس الدولة الشهير في قضية" *LUTETIA*"[1]، سنة 1959، أين سلّم مجلس الدولة في هذا القرار بسلطة العمدة في أن يمنع عرض أفلام سينمائية سبق أن سمحت بها هيئة الرقابة على الأفلام، إذا كان من شأن عرض هذه الأفلام أن يمس بالنظام العام، بسبب طابعها اللاّأخلاقي والظروف الحالية للبلاد.

ومن تطبيقات مجلس الدولة الجزائري في هذا الشأن، قراره المتعلّق بإقرار الغلق الإداري المؤقت حماية للنظام العام، وممّا جاء فيحيثيات الحكم " وأنّه بعد الطعن المقدّم من طرف السيد ب. م أصدرت الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الجزائر القرار موضوع الاستئناف الحالي، وأنّ المستأنف يتمسّك بأنّ المستأنف عليه لم يحترم التزاماته التعاقدية، وكان ينظم سهرات تمتدّ إلى غاية الصباح وكانت تزعج سكان المركب وتخل بالنظام العام إخلالا جديا[2].

[1] - C.E. 18 Dec 1959, société des films LUTETIA, Grands Arrêts, 8ème éd, 1984, p 485 .

[2] – قرار مجلس الدولة رقم 006195، الغرفة الأولى، 2002/09/23، مجلة مجلس الدولة، العدد الثالث، 2003، ص 96.

ولكن إذا حدد المشرع لمصطلح ما معنى معين، فعلى القاضي والحالة تلك أن يتقيد بهذا المعنى دون سواه، كمصطلح " المجاهد" مثلا، له عدة مفاهيم يمكن أن تفهم منه، فقد يقصد به من شارك في حرب التحرير، أو كل من جرح في هذه الحرب، أو من كان من قادة الجيش، أو كل من ساعد جيش التحرير ولو بلقمة خبز... إلخ، فإذا ترك المشرع هذا الاصطلاح دون تعريف أو تحديد لشروطه وخصائصه فقد ترك للقاضي حرية تحديد المعنى المنطبق وفقا لظروف الدعوى وما يخدم العدالة، أما إذا وضع المشرع لهذا الوصف شروطا معينة حددها حصرا فينبغي أن يؤخذ هذا الاصطلاح بمعناه الضيق والذي حدده النص[1].

وقد اختلف الفقه حول طبيعة الدور الذي يقوم به القاضي الإداري لكشف غموض النص القانوني، هل هو دور كاشف للمعنى المقصود في النص الغامض، أو دور منشئ لهذا المعنى؟

فذهب جناح من الفقه وعلى رأسهم والين *Waline Marcel*؛ إلى أن دور القاضي في تفسير الغموض الذي يعتري النص، لا يخرج عن كونه دورا كاشفا عن نية المشرع الحقيقية، وذلك بالاعتماد على مختلف الوسائل الممكنة في التفسير، ويقول الأستاذ *waline*: أن القاضي كما يضطلع بمهمة وضع قاعدة

---

[1]– د. عصام عبد الوهاب البر زنجي، مرجع سابق، ص 148.

قانونية وتطبيقها في حالة غياب النص التشريعي، فإنه ملزم كذلك برفع الغموض الذي يصادفه ووضع تفسير يراه متفقا وكاشفا لنية المشرع الحقيقية [1].

أما الفقيه *Dubuisson* [2]، فيرى أن دور القاضي في كشف غموض النص دورا ابتكاريا إنشائيا، إذ أن القاضي إذا وجد النص غير واضح المعني بسبب غموضه أو عموميته، فيذهب للاستعانة بعناصر خارجية عن النص، ليستطيع رفع الغموض أو تخصيص ما اتسع وتحديده، وهو إذ يفعل ذلك فإنه يقوم بعمل هو جزء من دوره الإنشائي بالنسبة لقواعد القانون الإداري [3].

إن متطلبات تأمين الضمانات القانونية للمحكومين، والموازنة بين الصالح العام والمصلحة الفردية وحقوق الأفراد، تقتضي وتفرض على القاضي الإداري موقفا متحررا نوعا ما تجاه دوره وعلاقته بهذه النصوص التشريعية، وألا يكون مجرد خادم لها، ولا يتحرك إلا ضمن قيودها.

وكما ذكرت سابقا في تعامل القاضي الإداري مع وضوح النصوص، وأنه في بعض الحالات يخرج فيها القاضي على النصوص القانونية إلى مواقف تبدو متناقضة مع مقتضاها رغم وضوحها. فإذا كان الحال كذلك بالنسبة للنصوص القانونية التي تبدو واضحة، فمن باب أولى فإنه يستطيع صياغة الأفكار

---

1 - V. Waline: étendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de L'administration Conseil d'état Études et documents, n° 10, 1956, p.29.

2 - Dubuisson : la distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de Pouvoir, thèse L.G.D.j. Paris. 1958. P31.

3 – د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، مرجع سابق، ص 154.

الغامضة والمبهمة. كما يستطيع أن يقوم بدور المكمل للنصوص عندما تكون ناقصة [1].

إلا أن ترجيح القاضي لتفسير معين على آخر، لا يتم دائما على أساس من نية المشرع الحقيقية؛ بسبب أنه في كثير من الأحيان يجد نفسه في طريق مغلق لا يستطيع فيها الوصول إلى هذا النية، وكما يقول الأستاذ *waline*: إن المشرع كثيرا ما يضع ما يمكن اعتباره من قبيل الأحاجي والألغاز أمام المفسر، دون أن يكون هناك من النصوص المكتوبة ما يمكن الرجوع إليها لتحديد هذا الغموض.

وما يصدق على "النظام العام" من تساؤلات يصدق بذات الدرجة على مصطلحات أخرى مثل "الأبنية الآيلة للسقوط" و"المناطق الأثرية" و"المنفعة العامة" و"المصلحة العامة" وغيرها من المصطلحات.

كما أننا لا نستطيع أن نلوم ونعاتب المشرع بالقصور في محاولته بوضع مثل هذه المفاهيم المرنة، لأن المشرع يسعى دائما لتنظيم أكبر قدر من المراكز المتماثلة بنصوص عامة مجردة، والمشرع بطبعه لا يحب التعريفات والتحديد، ومن الصعب عليه أن يعطي تعاريف محددة لهذه الأفكار العامة المرنة [2]، كما أن التفسير الذي يعطيه القاضي للنصوص الغامضة والمبهمة، لا يمكن أن يقلل من الدور الذي يلعبه المشرع في تنظيم النصوص في قالب عام ومجرد.

---

1 - Lino Di Qual: La Compétence Liée, Revue internationale de droit comparé , L.G.D.J ; Paris , 1996. P.138.

2 – د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، مرجع سابق، ص 158.

ومن المعلوم أن لكل تصرف أو عمل من الأعمال القانونية، سواء كان تشريعا، أو عقود، أو قرارات إدارية، أو قضائية، مجموعة من الوثائق التي تتضمن تحليلا وتسجيلا وتوثيقا لكل الأعمال المادية والفنية والعلمية، والأعمال التي سبقت وحضرت صدور هذه الأعمال القانونية وصدورها في شكلها النهائي، فهذه الأعمال المادية والعلمية والفنية تسمى اصطلاحا " بالأعمال التحضيرية – *Les Travaux préparatoires* "، هذه الأعمال التحضيرية يمكن أن يرجع إليها القاضي لتفسير إرادة المشرع لما تحتويه هذه الأعمال من وثائق مساعدة على ذلك، وتتمثل في:

1- التقارير التي تقدم لرئيس الدولة وتكون متعلقة بإصدار مراسيم.
2- الأسباب المذكورة بمناسبة صدور الأوامر.
3- المشاريع التمهيدية للقوانين، وتقدير المقررين، واللجان الخاصة، ومحاضر جلسات المداولات، وعرض الأسباب المتعلقة بالتشريعات الإدارية الصادرة من البرلمان [1].

ومن السعي الذي يبذله القاضي الإداري لكشف غموض النص؛ استخدامه القياس عند توفر العلة، ومن ذلك ما أشارت إليه المحكمة الإدارية العليا في مصر بقولها: "واضح من القرار الوزاري الصادر في 12 /10 /1949، أن العلة في صرف فرق العملة لأعضاء البعثات المصرية في الخارج هي الاحتفاظ بالمستوى القائم آنذاك لمعيشتهم في الخارج؛ أي في فترات وجودهم الفعلي في البلاد التي

---

[1] – د. عمار عوابدي، قضاء التفسير في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 217.

انخفض سعر الجنيه المصري بالنسبة لسعر عملتها المتداولة بها، فإذا أمضى الموظف إجازته خارج البلد التي بها مقر عمله فإن العلة الموجبة لصرف الفرق لا تتوفر، وبالتالي لا يتعلق الموظف أي حق في هذا الفرق"[1].

كما استخدم القاضي الإداري المصري القياس عند توافر الحكمة التي ابتغاها المشرع، فنجده قاس بين حملة الشهادات العالمية النظامية القديمة من الجامع الأزهر وبين الشهادات العالمية من كليات الأزهر، من حيث أنه جمع محصل الدراسة فيها إلى مدة الأقدمية في الدرجة السادسة استهداء بالحكمة التي أرادها المشرع، وهي ألا يتقدم على الحاصلين على المؤهل العالي فوق الشهادة العالمية من كليات الأزهر إلى الدرجة التالية من هم أدنى منهم"[2].

ومما ذكر سابقا تتجلى لنا سلطة القاضي الإداري ودوره في حالة غموض النص، بأن يقوم بالكشف عن إرادة المشرع الحقيقية، كما يقوم بدور المكمل للنصوص، ومستخدما القياس عند توفر شروطه، أو عند توفر الحكمة التي تغيّاها المشرع.

---

[1] – قرار المحكمة الإدارية العليا، 1980/05/24، مجموعة المبادئ من 1960–1985، ج2، ص 1429.

[2] – قرار المحكمة الإدارية العليا، رقم 280، 04 أفريل 1976، مجموعة المكتب الفني، لسنة 15، رقم 21، ص 118.

المطلب الثالث: دور القاضي في حالة عدم وجود نص.

يقول الفقيه الفرنسي *Joseph Barthélemy* [1]: إن أي تقنن مهما بدا كاملا، وما يكاد ينتهي منه واضعوه حتى تثار بشأنه العديد من المسائل، وذلك لأنه لا يمكن التنبؤ بأشياء لا يستطيع الفكر وحده الوصول إليها، بسبب اختلاف حاجات الناس وتشعب مصالحهم واتساع علاقاتهم مما يعني استحالة تنبؤ المشرع بكل شيء حادث وما سيحدث، وعلى القاضي تقع مهمة سد ما يترك من فراغ.

وتذهب الدكتورة سعاد الشرقاوي إلى القول بأن القاضي الإداري في مجال القانون العام إضافة إلى دوره في التوفيق بين النصوص القانونية وتفسيرها وإسقاطها على الواقع، فهو يتمتع بمهمة استخلاص القواعد القانونية في حال سكوت النصوص عن إيراد حكم يحسم الحالة المعروضة عليه، ولطالما كانت هناك قرارات عديدة من مجلس الدولة في فرنسا تستند إلى مبادئ قانونية عامة غير منصوص عليها صراحة استخلصها باجتهاده [2].

وتنص المادة الثانية من القانون المدني الجزائري [3] على ما يلي: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو فحواها، وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

---

1 - Joseph Barthélemy, Contribution à la théorie générale des recours contentieux, Librairie de la société générale des lois et des arrêts et du journal du palais, L. Larose, Paris, 1899, p46.

2 – د. سعاد الشرقاوي، المنازعات الإدارية، دار النهضة، الطبعة الأولى، 1976، مصر، ص 20.

3 – الأمر 75–58، والمتضمن القانون المدني، مصدر سابق.

فالمشرع الجزائري في هذه المادة يعترف بإمكانية وجود قصور في التشريع، وبغية انتظام العمل القضائي وعدم اضطراب أحكامه بيّن للقاضي مصادر أخرى للقانون، ووضع له طريقا ومنهجا من أجل اتباعه والرجوع إليه عند فقدان النص، وذلك لكيلا يحتج القاضي بوجود قصور وسكوت من المشرع، الأمر الذي قد يِؤدي به إلى إنكار العدالة وعدم إحقاق الحق.

وبما أن قصور النص القانوني سواء كان في المادة القانونية العادية أو المادة الإدارية أصبح أمرا مسلما به، فإنه يقع على عاتق القاضي مهمة استخلاص حلول لهذه المعضلة، عن طريق البحث في المصادر الأخرى لإكمال هذا القصور، ولكن بتوافر شرطين:

1- الفقدان التام للنص القانوني؛ بمعنى أن القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض على القاضي خاليا من نص تشريعي يعالج هذا النزاع، أما إذا كان النص التشريعي موجود ولكنه غامض أو مبهم لسبب من الأسباب، فإنه يتعين على القاضي أن يرفع هذا الإبهام الوارد في النص التشريعي عبر استخدام قواعد التفسير [1].

2- الاعتماد على هذه المصادر عند غياب النص التشريعي، وفقا لترتيب المذكور في نص المادة، وعلى القاضي احترام هذا الترتيب، إذ أن المشرع قد نص عليه صراحة فلا يجوز تقديم مصدر على آخر.

---

[1] – وإلى ذلك ذهبت محكمة النقض المصرية، نقض مدني، رقم 1171، لسنة 1956 ق، جلسة 1990/11/18، س 41، ص 691، نقلا عن: المستشار أحمد عبد الصادق، المرجع القضائي في شرح أحكام القانون المدني، نادي مستشاري هيئة قضايا الدولة، الطبعة الأولى، 2010، مصر، ص07.

فإلى أي مدى اضطلع كل من القاضي العادي والإداري بهذا الدور؟

هذا ما سأحاول تبيينه من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: دور القاضي العادي في حالة عدم وجود نص.

الفرع الثاني: دور القاضي الإداري في حالة عدم وجود نص.

الفرع الأول: دور القاضي العادي في حالة عدم وجود نص

إذا كان قصور التشريع ونقصه قد أصبح أمرا مسلما به، وذلك راجع لأنه مجهود بشري مشوب بالنقص، ومهما بلغ الإنسان من الدقة وسعة الأفق والتطور التكنولوجي فلا يمكن أن يُلمّ بكل ما هو كائن وما سيكون في هذه الحياة من الوقائع، وستبقى دائما تظهر أشياء ونوازل لم يتوقعها، فما هو دور القاضي العادي إزاء هذا النص الغير موجود، مع العلم أنه مطالب على وجه الإلزام بضرورة إيجاد حل للنزاع المعروض عليه؟

وبالرجوع للقانون المدني الجزائري[1] وفي مادته الأولى، نجده ينص على هذه الحالة –حالة عدم وجود نص قانوني– بقوله: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو فحواها، وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة "، فالمادة تقرر أنه إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة

---

[1] – الأمر 75–58 والمتعلق بالقانون المدني، مصدر سابق.

الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

وذهبت الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني المصري [1] إلى نفس المصادر التي ذهب إليها المشرع الجزائري، ولكن اختلفا من حيث ترتيب مبادئ الشريعة الإسلامية والعرف، أين قدم القانون المدني المصري العرف على مبادئ الشريعة الإسلامية.

وما يمكن ملاحظته ابتداء في نص التشريع المدني الجزائري، استخدامه عبارات عامة في نص المادة الأولى، ولم يورد ما يُشِير صراحةً أو ضمناً إلى ما اتجهت إليه إرادته، فهو اكتفى بعبارات القانون ومبادئ الشريعة الإسلامية والعرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، مع اختلاف بسيط مع عبارة التقنين المدني المصري؛ حيث أن الأخيرة استعملت عبارة النصوص التشريعية وواضع التشريع الجزائري استعمل عبارة القانون.

كما نخلص منه إلى أنه لا يوجد ما يمنع من شمولية المادة الأولى من القانون المدني أن تكون لجميع فروع القانون سواء كان قانون عام أو قانون خاص؛ فمعنى التشريع لا يختلف باختلاف الفروع، بل هو نفس المعنى حتى في مبادئ الشريعة الإسلامية [2].

---

1 – القانون 131، لسنة 1948، المتضمن القانون المدني، المؤرخ في: 09 رمضان 1367، الموافق 16يوليو 1948، الوقائع المصرية، العدد رقم 108، صادر في 29يوليو 1948.

2 – أنظر: المواد من 49 إلى 52 من القانون المدني الجزائري، مصدر سابق.

وتنص المادة على أن مبادئ الشريعة الإسلامية في مقدمة الوسائل التي يلجأ إليها القاضي العادي عند عدم وجود نص يحكم النزاع المعروض عليه، بالنظر لما تتميز به الشريعة الإسلامية من مقاصد سامية، وأحكام فقهية وفيرة، واجتهادات عديدة في المسألة نفسها.

والأمر الذي لا يمكن إنكاره هو فضل هذه الشريعة السمحاء في إظهار وإرساء كثير من المسائل في القانون المدني، فنظرية التعسف في استعمال الحق نصت عليها الشريعة الإسلامية ولم يكتشفها الفقهاء إلا في أواخر القرن الماضي[1]، ونظرية الظروف الطارئة مستمدة من نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية، فقد أكد الفقيه الفرنسي لامبير *Édouard Lambert* في المؤتمر الدولي للقانون المقارن في لاهاي سنة 1932، على أن نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي تعبر بصورة أكيدة في القضاء الفرنسي على نظرية الظروف الطارئة، وفي القضاء الإنجليزي بما أدخله من مرونة على نظرية استحالة التنفيذ تحت تأثير الأوضاع الاقتصادية الناشئة بسبب الحرب، وفي القضاء الدستوري الأمريكي في نظرية الحوادث المفاجئة[2]، والبيع بخيار الرؤية، وأحكام الشفعة، والوقف، والتزامات الجوار وغير ذلك كثير[3]، بل استفادت من أحكام الفقه

---

[1] – أنظر: د. فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الرابعة، 1988، بيروت، ص 93.

[2] – د. عبد السلام الترمانيني، نظرية الظروف الطارئة، دار الفكر، الطبعة الأولى، 1971، دمشق، ص35.

[3] – د. عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية، جسور للنشر والتوزيع، الطبعة الرابعة، 2017، الجزائر، ص203.

الإسلامي قوانين غربية وعلى رأسها القانون المدني الفرنسي في باب المعاملات استفادة جمّة[1].

ولا يجوز اللجوء إلى هذه المبادئ إلا إذا لم يوجد نص قانوني يحكم النزاع، وتكون مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا احتياطيا؛ مكملا لقصور التشريع في بعض الأحيان، فتكون مصدرا مكملا؛ وأحيانا أخرى مصدرا مفسرا، بسبب أن القاضي قد يلجأ لقواعد الشريعة الإسلامية من أجل تفسير نص موجود في قانون الأسرة مثلا، ولكن يشوبه غموض وإبهام، فيكون دوره والحالة تلك دورا تفسيريا، لا مكملا للنصوص القانونية.

فإذا لم يجد القاضي نصا قانونيا مكتوبا لحل المسألة المعروضة عليه في التشريع، فإنه يلجأ إلى مبادئ الشريعة الإسلامية [2] ويكون واجبا على القاضي الأخذ بها، فإن خالفتها المحكمة في حكمها، فإن ذلك الحكم يكون مخالفا للقانون متعينا نقضه [3]، فإذا خلت نصوص القانون من حكم يتبعه القاضي. فليس أمامه من سبيل إلا أن يلجأ إلى ما يؤدي إليه النظر والاجتهاد، وذلك استنباطا

---

[1] – أنظر: د. حمزة بن خدة، أثر الفقه المالكي في القانون المدني الفرنسي–عقد البيع نموذجا–، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2017.

[2] – المراد بمبادئ الشريعة الإسلامية: الأصول الكلية التي تتفرع عنها الأحكام التفصيلية وهي التي لا تختلف باختلاف المذاهب وإن ظهر للقاضي مثل هذا الاختلاف فإنه لا يتقيد بمذهب معين، بل يأخذ بما يراه ملائما للتطبيق، أنظر: د. أحمد سلامة، المدخل لدراسة القانون، دار النهضة العربية، 1974، مصر، ص 158.

[3] – قرار المحكمة العليا رقم 34137، غرفة الأحوال الشخصية، 1984/10/08، المجلة القضائية، الجزء الرابع، 1989، ص 79.

من مبادئ الشريعة باعتبارها المصدر الرئيسي للقانون عند غياب التشريع.

ولكن قد يتبادر إلى الذهن سؤال مفاده؛ ما المقصود بعبارة "مبادئ الشريعة الإسلامية" المذكورة في المادة الأولى من القانون المدني الجزائري؟

في الحقيقة لكل من الفقه والقضاء رأيه ونظرته لمبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر من مصادر القرار القضائي عند عدم وجود النص التشريعي، فتفسير فقهاء القانون غلب عليه الطابع النظري، والذي يعتمد على الفرضيات النظرية، أما تفسير القضاء فيغلب عليه الطابع العملي، بالنظر لطبيعة العمل القضائي الذي يعتمد على وقائع من الواقع.

والناظر في التقنينات المدنية العربية، يجدها تتفق على اعتبار الشريعة الإسلامية مصدرا احتياطيا رسميا من مصادر القانون، ومصدرا من مصادر القرار القضائي. إلا أن هذه التقنينات العربية اختلفت في التفاصيل المتعلقة بالرجوع إلى هذه المبادئ، أي فيما يجب الرجوع إليه من الشريعة الإسلامية، فذهب جانب من الفقه المصري متأثرا بأفكار بعض واضعي التقنين المدني المصري، إلى أن المقصود من مبادئ الشريعة الإسلامية هي الأصول الكلية والقواعد الأساسية المتفق عليها بين المذاهب الإسلامية ولا تختلف في جوهرها من مذهب لآخر، دون الأحكام التفصيلية الفرعية' والتي تختلف من مذهب إلى آخر، بل تجد الخلاف داخل المذهب الواحد [1].

---

[1] - د. صلاح الدين الناهي، معضلات التفسير القضائي، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بغداد، العدد الثالث، 1977، ص 29.

إلا أن هذا الاتجاه قد ينتقد ولا يسلّم به إذ أن الاختلاف بين المذاهب الإسلامية ليس شيئا معيبا، بل هو من مظاهر القوة والتنوع في الشريعة، ودليل على صلاحها لكل زمان ومكان حسب متطلباته، فالأصل أن القاضي لا يقيد بالرجوع لمدرسة أو مذهب فقهي معين، بل يترك حرا في تكوين رأي وقناعة خاصة من خلال تقليب أراء الفقهاء في مسألة معينة- مع افتراض أن هذه الحلول قد راع فيها العلماء القواعد العامة عند الاجتهاد والاستنباط-، فما كان منها موافقا لمتطلبات العصر ولا يتناقض مع المبادئ العامة للشريعة ولا التشريع أخذ به.

ويذهب الدكتور عبد الرزاق السنهوري إلى تفسير مبادئ الشريعة الإسلامية بأحكام الفقه الإسلامي بقوله: "فقد استبقى التقنين الجديد ما اشتمل عليه التقنين القديم من أحكام أخذها من الفقه الإسلامي، واستحدث أحكاما جديدة أخذها عن هذا الفقه، وجعل بعد ذلك كله الفقه الإسلامي مصدرا رسميا للقانون المدني يأتي بعد النصوص التشريعية والعرف يتقدم مبادئ القانون الطبيعي والعدالة[(1)].

وذهب رأي آخر في الفقه إلى أن النص كما يشير إلى الرجوع لمبادئ الشريعة الإسلامية، فإنه لا يمنع الرجوع للمذاهب الفقهية رجوعا اجتهاديا لا تقليديا، فصيغة النص لا تحتمل إلزام القاضي باستبعاد الحلول الجزئية التفصيلية، والوقوف عند المبادئ الأساسية الكلية التي لم تختلف فيها المذاهب، لأن هذا الحضر يتنافى مع جواز الرجوع للمذاهب، والمذاهب هي مدارس اجتهادية ذات مناهج متنوعة وأساليب مختلفة، تتفق في بعض المصادر وتختلف

---

[1] – د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص56–60.

في البعض الاخر، وتقييد القاضي في الرجوع إليها بشرط عدم الخلاف، يناقض مبدأ الاجتهاد المتمثل في عمل دائم في البحث عن القاعدة القانونية، باتباع الأساليب التي يقرها العلم والعقل سواء كان هناك إجماع لدي المجتهدين أو لم يكن[1]، مع أن معظم الخلاف غالبا يدور حول المصلحة العامة والسياسة التشريعية في أبعادها الشاملة والجزئية، وكل ذلك يتأثر بالبيئة والظروف الخاصة بكل زمان سواء من الناحية الاجتماعية والاقتصادية والنفسية والثقافية.

ورأيي في هذه المسألة أنه يجب أن تفسر مبادئ الشريعة الإسلامية تفسيرا واسعا، لا يقتصر فقط على الأصول والقواعد الكلية بل يتجاوز ذلك ليشمل الأحكام الفقهية التفصيلية التي لا تخالف كليات وأصول هذا الدين، ولا تخالف نصوصا من الكتاب أو السنة قطعية الدلالة، ويكون القاضي آخذا بعين الاعتبار حاجيات المجتمع الذي شرع النص ليطبق فيه، خاصة وأن الشريعة الإسلامية لم تدع شأنا أو جانبا من جوانب الحياة إلا ونظّمته؛ فلا توجد واقعة ليس لله فيها حكم، سواء منصوص عليه، أو مستنبطا من الأصول والقواعد الكلية، كما أن القاضي باستنباطه هذا لا يضع قاعدة عامة، وإنما هو يفصل في الواقعة المعروضة أمامه ومن الممكن أن يتغير نفس الحكم في واقعة لاحقة.

وفي الجزائر يذهب الدكتور علي علي سليمان إلى أن المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية هو ما فيها من حلول وبغض النظر عن اختلاف المذاهب الفقهية، فعلى القاضي أن يرجع إلى مبادئ الشريعة ويبحث عن الحل في أي

---

1 – أنظر: د. صلاح الدين الناهي، معضلات التفسير القضائي، مرجع سابق، ص15.

مذهب من مذاهبها، دون أن يقتصر على المذهب المعتمد في البلاد كالمذهب المالكي المعمول به في الجزائر [1]، وإلى ذلك أيضا ذهب أساتذة في القانون كالدكتور عمار بوضياف [2]، والدكتور العربي بلحاج [3] والدكتورة محمدي فريدة زواوي [4].

إذن فالمقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية في نصوص القانون المدني، هي أصول الشريعة الإسلامية الكلية، ومبادئها العامة التي تتفق عليها المذاهب، دون حلولها التفصيلية التي يطرحها الفقهاء للمسائل الجزئية كل حسب رأيه واجتهاده، وأنها قيدت في جانب وأطلق قيدها في جانب آخر، قيدت بعدم تعارضها مع المبادئ العامة الأساسية للقانون المدني ضماناً لتجانس أحكامه، وأطلق قيدها بعدم الالتزام بمذهب معين من مذاهب الفقه الإسلامي [5].

والمصادر المتفق عليها في الفقه الإسلامي أربعة؛ الكتاب والسنة والإجماع والقياس[6].

---

1 – د. علي علي سليمان، الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون طبقا للقانون المدني الجزائري، مجلة الفكر القانوني، اتحاد الحقوقيين الجزائريين، العدد الأول، 1984، ص 121.

2 – د. عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية، مرجع سابق، ص 204.

3 – د. العربي بلحاج، المدخل لدراسة التشريع الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992، الجزائر، ص14.

4 – د. محمدي فريدة زواوي، مرجع سابق، ص 72.

5 – أنظر: د. محمد فوزي نوجي، فكرة تدرج القواعد الدستورية (دراسة تحليلية مقارنة)، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى،2007، القاهرة، ص 56.

6 – أنظر: أ. عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، مكتبة الدعوة الإسلامية، الطبعة السابعة، 1957، مصر، ص 24 وما يليها.

ورجوع القاضي إلى أحكام الفقه الإسلامي في مسائل الأحوال الشخصية يكون عند عدم وجود نص في القانون الخاص الذي ينظم تلك المسائل–قانون الأسرة–، ولا عبرة بوجود نصوص في قانون آخر كالقانون المدني مثلا، ولو كانت تلك النصوص لها علاقة بذات المسائل [1].

وفي مصر تأتي الشريعة الإسلامية بعد العرف، ويجب أن أذكر أن ترتيب مبادئ الشريعة الإسلامية تكون بعد العرف عند عدم وجود نص يكون في غير مسائل الأحوال الشخصية، أما في مسائل الأحوال الشخصية فإنه إذا لم يوجد نص يحكم النزاع يرجع القاضي إلى أحكام الفقه الإسلامي وخاصة أرجح الأقوال في مذهب الأحناف [2].

ثم يأتي العرف كوسيلة ثانية يلجأ إليها القاضي في المصادر الرسمية الاحتياطية عند غياب النص الذي يطبق على النزاع المعروض عليه.

ويمكن تعريف العرف [3] بأنه: "سنة يتبعها الناس مع شعورهم بإلزامها إلزاما قانونيا، أو هو اطراد العمل بين الناس وفقا لسلوك معين اطرادا مقترنا بإحساسهم

---

1 – قرار المحكمة العليا رقم 39277، غرفة الأحوال الشخصية، 1985/12/30، غير منشور، نقلا عن: د. بلحاج العربي، قانون الأسرة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2000، الجزائر، ص02.

2 – د. عصام أنور سليم، هيمنة مبادئ الشريعة الإسلامية على القانون المدني، المكتب الجامعي الحديث، الطبعة الثانية، 2012، مصر، ص 32.

3 – العرف لغة: بالضم ضد النُكر، ويقال أولاه عرفا؛ أي معروفا، ويأتي بمعنى الجود، والعرف أيضا عرف الفرس؛ أي شعر عنقها، الشيخ محمد بن بكر الرازي، مختار الصحاح، دار اليمامة، الطبعة الثانية، 1987، دمشق، ص 278.

بوجود جزاء قانوني يكفل احترام هذا السلوك" [1].

وباعتبار العرف سلوكا يتواتر الناس على اتباعه، فهو واقعة أو مجموعة من الوقائع مادية، والتي تمثل الركن الأول للعرف، ولكن هذا الركن وحده لا ينشئ قاعدة من قواعد السلوك، ولذلك لابد من وجود ركن أخر وهو الركن المعنوي؛ الذي يعني الشعور بضرورة اتباع هذا السلوك، وهذا الشعور بالإلزام هو الذي يجعل من الواقعة أمراً، ومن التواتر قاعدة قانونية، والجمع بين الركنين يكون لنا قاعدة قانونية عرفية [2].

ولا يستطيع القاضي الاعتماد على العرف إلا عند عدم وجود نص تشريعي يحكم النزاع المعروض عليه، ويكون العرف في هذه الحالة عرفا مكملا، أو كأن يحيل المشرع تنظيم بعض المسائل على العرف، وإن كان هناك من ذهب إلى اعتباره عرفا معاونا لا مكملا [3]، وضربوا لذلك مثلا؛ نص المادة 559 من القانون المدني الجزائري [4] عند الحديث عن التزامات رب عمل المقاولة بأن: "تدفع الأجرة عند تسلم العمل إلا إذا اقتضى العرف أو الاتفاق خلاف ذلك".

ومن ذلك أيضا نص الفقرة الثانية من المادة 111 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه:" إذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف على المعنى الحرفي للألفاظ... وفقا

---

1 – د. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، 1986، مصر، ص 424.

2 - Hans Kelsen, Théorie pure du droit, L.G.D.J, 1999, p 304.

3 – د. أحمد سلامة، مرجع سابق، ص 150

4 – الأمر رقم 75–58 والمتعلق بالقانون المدني، مصدر سابق.

للعرف الجاري في المعاملات"، فنجد المشرع قد حدد طريقا للقاضي من أجل الاستهداء لمعرفة النية المشتركة للمتعاقدين-النية الحقيقية- ولو كان النص موجودا بأن يستعين بالعرف للوصول للهدف وهو النية الحقيقية للمتعاقدين.

كذلك أيضا ما نصت عليه المادة 65 من القانون المدني الجزائري من أنه "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا ألا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد منبرما، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فان المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة [1] وذهبت المادة 95 من القانون المدني المصري إلى نفس الحكم [2].

وبما أن العرف يعتبر مصدرا من المصادر الرسمية الاحتياطية إعمالا لنص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري [3]، فإن القاضي إذا أخطأ في تطبيقه يخضع لرقابة المحكمة العليا، وذلك خلافا للعادة الاتفاقية التي هي ليست قاعدة قانونية بل تعتبر مجرد واقعة مادية، ومن عناصر الواقع التي لا تخضع لرقابة قضاء النقض [4].

على أن العرف سواء كان مكملا أو معاونا يفترض علم القاضي بوجوده دون حاجة لطلب الخصوم، لأن إثبات القواعد القانونية –أي العلم بها–هو عمل

---

[1] – الأمر رقم 75–58 والمتعلق بالقانون المدني، مصدر سابق.

[2] – القانون 131، لسنة 1948، المتضمن القانون المدني، مصدر سابق.

[3] – الأمر رقم 75–58 والمتعلق بالقانون المدني، مصدر سابق.

[4] – د. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص 446.

الشراح والفقهاء، كما أنه واجب القضاء؛ فالقضاة يقومون بحكم وظيفتهم بتطبيق هذه القواعد، أما الخصوم فلا يلزمهم إثبات القواعد القانونية، ليس من باب الاستحالة المنطقية، ولكن لتعارض ذلك مع النظام القضائي الذي يفترض علم القاضي بالقانون ويجب عليه تطبيقه من تلقاء نفسه.

ولكن بالنظر لصعوبة التعرف على العرف من الناحية العملية، فلا بأس من معاونة القاضي من طرف الخصوم في مسألة التحقق من وجود العرف وتحديد مضمونه، خاصة في المسائل المتعلقة بالعرف المهني والتجاري، أين يلجأ القاضي لأهل الخبرة والاختصاص في أمر معين، أو إلى الوثائق التي تمنحها الغرف التجارية مثلا، ولكن بالرغم من كل ما قيل يبقى القاضي هو السيد في تقدير الأدلة التي تقدم له [1].

وأما العرف أمام القاضي الجنائي فانه يختبئ خلف القاعدة القانونية "لا جريمة ولا عقوبة ولا تدابير أمن إلا بقانون"[2]، مما يعني أنه لا يجوز اللجوء إليه كمصدر للتجريم والعقاب بحسب الأصل، ولكنه قد يكون مصدرا غير مباشر ومحدود في بعض الأحيان في مجال رفع العقاب، والعرف في هذه الحالة لا يعطل القواعد الجنائية تعطيلا كاملا، وإنما يمنع تطبيق القاعدة التي تتعلق بها الظروف الخاصة طالما ظلت هذه الظروف قائمة، وتظل القاعدة سارية في غير هذه الظروف، أو عند تجاوز القيود التي يشترطها نص الإباحة للاستفادة من

---

1 –Marty et Raynaud, Droit Civil, Tome 1, L'étude Générale Du Droit, Paris, 1972, P26.

2 – الأمر رقم 66–156، والمتضمن قانون العقوبات، مرجع سابق.

الظرف المبيح[1]، وفي مجال رفع العقاب يضرب البعض[2]، أمثلة من مجال الإباحة، حيث بادرت السلطة التشريعية في كثير من الدول إلى إقرار بعض المسالك العرفية؛ وسبب ذلك أن المصلحة الاجتماعية تعلو على الفائدة التي تعود على المجتمع من اعتبار هذه التصرفات جرائم، ومن أمثلة ذلك ضرب الوالد ولده تأديبا، والجراحة، والألعاب الرياضية.

وإذ يخفت ضوء العرف أمام القاضي الجنائي فانه ينشط في المعاملات التجارية ومن أمثلة العرف التجاري افتراض التضامن بين المدينين بديون تجارية إذا تعددوا، خلافا للقاعدة العامة المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري بنص المادة 217، والتي تقضي بأن التضامن لا يفترض وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون.

وذهبت محكمة النقض في مصر إلى أن ممارسة التجار عادة معينة في معاملاتهم مدة معينة بحيث صارت هذه العادة سنة مستقرة اعتبرت ذلك عرفا تجاريا [3].

أما إذا خلا التشريع من نص يحكم النزاع ولم يجد القاضي حكما في الشريعة الإسلامية أو في العرف، فإنه يلجأ كحل أخير إلى المبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، ولا يمكنه أن يرد المنازعة على أساس أنه لا توجد قاعدة

---

1 – د. رمسيس بهنام، الجريمة والمجرم والجزاء، منشأة المعارف، 1972، مصر، ص 96.

2 – د. رمسيس بهنام، المرجع نفسه، ص 99 وما بعدها.

3 – قرار محكمة النقض رقم 132، مدني، مجموعة أحكام النقض س 14، ص 946.

قانونية، وإلا وقع تحت طائلة التجريم والعقاب [1].

وهذا المصطلح –القانون الطبيعي [2] وقواعد العدالة [3] – يعتبر من الأفكار الغامضة والمبهمة وليس له مضمون واضح ومحدد [4]، فلقد تعددت الرؤى بشأنه، وكل عرفه من منظاره الخاص منطلقا من العقيدة أو الإيديولوجية التي يؤمن بها، فهو فلسفة عند اليونان، وقانونا عند الرومان، ودينا روحيا عند رجال الكنيسة في العصور الوسطى، وعقلا في العصور الحديثة، فهو إذن مصطلح كان محل جدل بين المفكرين وفي مختلف العصور الثقافية التي مرت بها البشرية[5].

---

1 – أنظر المادة 12 من القانون الأساسي للقضاء، الصادر بموجب القانون العضوي 04–11، المؤرخ في 06 سبتمبر 2004، الجريدة الرسمية رقم 57، لعام 2004، وأيضا المادة 136 من الأمر رقم 66–156، المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966، والمتضمن قانون العقوبات، مصدر سابق.

2 – القانون الطبيعي: هو مجموعة من القواعد القانونية التي ليست من صنع الإنسان، وإنما هي قواعد أبدية ثابتة أودعها الله في الكون، والمشرع مطالب بالاقتداء بها عند وضع التشريع، أنظر: د. مصطفى فاضل الخفاجي، القانون الطبيعي، مقال منشور في مجلة أداب الكوفة، كلية الأداب، جامعة الكوفة، 2013، العراق، ص 128.

3 – قواعد العدالة: "شعور في النفس يوحي به الضمير الإنساني ويهدف إلى تحقيق المساواة بين الحالات المتماثلة مع مراعاة ظروفها وملابساتها"، فهي إذن أمر معنوي يختلف باختلاف وجهات النظر، أنظر: د. إسماعيل نامق حسين، العدالة وأثرها في القاعدة القانونية، دار الكتب القانونية، 2011، مصر، ص17.

4 – د. حمدي عبد الرحمن، مبادئ القانون، الجزء الأول، المكتب المصري الحديث، 1974، مصر، ص 92.

5 – د. غالب الداودي، المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة، الطبعة الأولى، 2011، عمان، ص 24.

والسبب في ذلك هو أن العدالة هي مطلب بشري على مر الأزمنة المتعاقبة، بل نجد حتى المستبدون والطغاة كانوا يرفعون شعارات العدالة ويجعلونها مبتغاهم.

لذلك لم أقع فيما اطلعت عليه، على تعريف جامع مانع للقانون الطبيعي وقواعد العدالة عند فقهاء القانون [1]، وهو ما انعكس على الصعيد التشريعي، فالتشريع الجزائري لم يعرف القانون الطبيعي وقواعد العدالة، ولكنه وجه القاضي عند غياب النص التشريعي ومبادئ الشريعة الإسلامية والعرف أن يرجع للقانون الطبيعي وقواعد العدالة، وفي ذلك إيحاء للقاضي بأنه قد ترك له تحديد ما يدخل ضمن قواعد القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

فمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة إذن تمثل الاجتهاد، فغاية الأمر الصادر في المادة الأولى من القانون المدني الجزائري، أنه دعوة من المشرع للقاضي أن يجتهد رأيه، من أجل إيجاد الحكم الملائم للمسألة المطروحة أمامه، بشرط ألا يصدر اجتهاده عن رأي شخصي أو فكر ذاتي وإنما يجب أن يبنى على اعتبارات موضوعية عامة[2]، تقوم على الأخذ بمبادئ القانون الطبيعي الذي يمثل القيم العليا لضمير البشري، وبمبادئ العدالة التي تقضي بأن يطبق القاضي القانون مع مراعاة ظروف وملابسات كل منازعة على حدا تحقيقا للعدل والإنصاف، وذلك باستخدام العقل في الاجتهاد عن طريق البحث العلمي الحر

---

[1] – أنظر: د. إسماعيل نامق حسين، العدالة وأثرها في القاعدة القانونية، مرجع سابق، ص 51.

[2] – أنظر: د. يحيى رزق الصرمي، مرجع سابق، ص338.

للوصول إلى حل للنزاع المعروض عليه، مراعيا في ذلك المبادئ التي تسود النظام القانوني بأكمله[1]، مما يجعله قد رجع إلى نفس الجوهر الذي يستهدي به المشرع نفسه في وضع القواعد العامة للتشريع، حيث أن العدل الذي يصل إليه المشرع هو عدل مصنوع، وليس هو جوهر العدل وذاته، وكذلك العدل الذي يصل إليه القاضي هو عدل مصنوع هو أوجده، فلا ينبغي الخلط بين العدل المصنوع والعدل المطلق[2].

وعلينا أن نؤكد دائما أن القاضي عندما يوجد حلا عادلا للنزاع المعروض عليه عند غياب النص القانوني، لا ينشئ بذلك قاعدة قانونية، وإنما ينشئ حلا قضائيا فرديا، وحجيته تقوم في مواجهة أطراف هذا النزاع فقط، ويمكن لقاضي أخر أن يخالفه الحكم في قضية مشابهة.

وفي ظل القانون المدني المصري القديم، كانت مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة تحتل مكانة مرموقة، وقد استندت المحاكم قديما إلى فكرة القانون الطبيعي وقواعد العدالة في كثير من أحكامها لحالات لم تجد لها نصا في القانون المدني أو القواعد العرفية أو الشريعة الإسلامية، ومن ذلك حماية الملكية الأدبية والفنية والصناعية، والتعسف في استعمال الحق، والتزام رب العمل،

---

1 – أنظر: د. نزيه محمد الصادق المهدي، المدخل لدراسة القانون، دار النهضة العربية، 1981، مصر، ص 185.

2 – أنظر: د. سمير تناغو، مرجع سابق، ص490–491.

ونظرية الحوادث الطارئة[1]، وإن كانت هذه القواعد قد تم إدراجها في القانون المدني الحالي [2].

كما أشير إلى أن المسائل التي لا يوجد فيها نص تشريعي، ولا يحكمها أي مصدر من المصادر الاحتياطية الأخرى، وتوجد فيها أحكام قضائية مختلفة، صدرت وفق متطلبات قواعد العدالة، وبمرور الوقت تستقر هذه الأحكام على نسق معين، ويتم تأييدها من طرف المحكمة العليا، فإنه ينشأ بذلك اجتهادا قضائيا، يمكن اعتباره مصدرا عمليا واقعيا من مصادر القانون، ولا أدل على ذلك من المرسوم الفرنسي المتعلق بالقانون المدني الصادر في 2016، والذي هو في حقيقته محصلة اجتهادات قضائية لمدة من الزمن [3].

الفرع الثاني: دور القاضي الإداري في حالة عدم وجود نص

إن وظيفة القاضي الأصلية هي الفصل بين الناس بالعدل طبقا لقواعد القانون، ولم يكن ليتصور أحد إنشاء القضاء لمادة قانونية موضوعية، لو أن التشريع كان كاملا ولا يعتريه أي نقص، ولكن التشريع لا يتصور أن يكون كاملا، لأنه من عمل الإنسان، وعمل الإنسان يشوبه النقص والقصور لا محالة.

وعلى وفق ما يقوله الفقيه كاريه دو ما لبيرك *Carré de Malberg*: فإن وظيفة القاضي لا تقتصر على تطبيق التشريع النافذ إذا كان صامتا، وإنما يجب عليه

---

1 – أنظر: د. عمار بوضياف، المدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق، ص 224.

2 – د. توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 97.

3 - l'ORDONNANCE de Code civil - Dernière modification le 01 janvier 2017 - Document généré le 05 janvier 2017 .

أن يضع أو يخلق القاعدة المطبقة على النزاع وإلا ارتكب جريمة إنكار العدالة، أي أن مهمة القاضي هي أن يقول كلمة القانون سواء وجدت في نص أم لم توجد [1].

فالقاضي الإداري قد يجد نفسه في مواجهة الكثير من المنازعات التي لا يجد بصددها سوى مجموعة من النصوص التشريعية الموسومة بالعموم والشمول القانوني، وخالية في العادة من المبادئ العامة الأساسية، مكتفية بتقرير الحلول الجزئية، وعلى نفس النهج الذي سلكه القاضي المدني عند عدم وجود النص القانوني – طبقا لنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني الجزائري باعتباره الشريعة العامة– فإن القاضي الإداري يلجأ عند عدم وجود نص يحكم النزاع المعروض عليه إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، فالعرف، ثم إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة[2].

ولكن أمام ضيق المجال الذي يعتمد فيه القاضي الإداري على هذه المصادر الاحتياطية من جهة، وما يتمتع به من حرية في التقدير، وأسلوبه المتميز في التفسير، والطريقة التي يتبعها في إصدار أحكامه من جهة أخرى، كل ذلك جعل دور القاضي الإداري في إنشاء المبادئ وابتكار النظريات واضحا وجليا وبعيد المدى بالمقارنة مع دور القاضي المدني.

---

1 – د. رائد ناجي الجميلي، القضاء الضريبي ومجالاته، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2004، ص4.

2 – وإنني بعد فحص لكثير من قرارات الغرفة الإدارية على مستوى المحكمة العليا سابقا، ومجلس الدولة حاليا، وجدت أن القاضي القضاء الإداري الجزائري لم يلتزم الترتيب الذي التزمه القاضي المدني، خاصة فيما يتعلق بمبادئ الشريعة الإسلامية، بالرغم من ثرائها وكنوزها الزاخرة.

وبالعودة لنص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري، نجد أن هذا النص يغطي جميع النطاق القانوني، على أساس أن هذا النص يسري على كل فروع القانون الخاص، فعباراته جاءت وارد في الأحكام العامة، ولأن القانون المدني يعتبر الشريعة العامة أو الأم، كما أننا نلاحظ أن الخطاب الوارد في النص خطاب عام موجه للقاضي بصفة عامة، ولم يرد فيه ما يُشِير صراحةً أو ضمناً إلى ما اتجهت إليه إرادة المشرع، وبناء على ذلك نستخلص أنه لا يوجد مانع من أن يكون نص هذه المادة شاملا لجميع فروع القانون؛ سواء كان خاصا أو عاما، لأن معنى التشريع أو مبادئ الشريعة أو العرف لا يختلف باختلاف فروع القانون، بل هو نفس المعنى، والذي يختلف ويتغير هو طبيعة العلاقات التي ينظمها كل واحد من هذه المصادر.

كما نلفت النظر إلى أن الترتيب الذي ذكره المشرع والجمع الذي جمعه لهذه المصادر، ليس صدفة بل هو معتبر؛ وذلك لبيان تدرجها في التطبيق [1].

وباستقراء غالبية كتب فقه القانون العام، بشأن التعرض لمصادر القانون الإداري –خاصة في الجزائر– نجدها تكتفي فقط بذكر التشريع بجميع أنواعه والعرف والقضاء، ولا تحترم التدرج المذكور في نص المادة الأولى، ولا تذكر مبادئ الشريعة ولو بالإشارة، فإن قالوا : لنا رأي في الموضوع، قلت: لا بأس في ذلك ولكن على الأقل عللوا واذكروا أسباب عدم الإشارة إلى مبادئ الشريعة

[1] – د. كمال دريد، الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون الإداري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 2012، ص 173.

الإسلامية باعتبارها مصدراً وارداً صراحةً في نص مادة القانون المدني، فإن قلتم : ذلك متعلق بالقانون المدني وهو فرع من فروع القانون الخاص، والقانون الإداري فرع من فروع القانون العام، قلت: فإنكم لا تجدون صعوبة في الاعتماد على القانون المدني ذاته بشأن بعض المسائل التي تعتبر من المواضيع الرئيسية -في فروع القانون العام عموما والإداري خصوصا- والتي لم يرد فيها نص، كالشخص الاعتباري[1] والمال العام[2] وغيرهما من المسائل التي انفرد بها القانون المدني دون بقية الفروع الأخرى، سواء كانت من فروع القانون العام أو من فروع القانون الخاص، كما أنكم اعتبرتم العرف مصدرا للقانون الإداري فما هي المادة التي تعطيه هذه الحجية في القانون العام غير النص المدني، مع أن العرف الإداري في الجزائر قليل جدا في التطبيقات القضائية إن لم نقل معدوم، ثم لا ننسى أن أهم نظرية في القانون الإداري والتي هي من صنع القضاء الإداري الفرنسي "المبادئ العامة للقانون"، كان الأساس الذي ارتكزت عليه في بعض مبادئها قواعد القانون المدني[3].

ويبقى السؤال مطروحا، لماذا نبتعد عن كل ما هو ديني ولو كان هو رأس الحكمة، ولماذا لا نرجع لمبادئ الشريعة الإسلامية بوصفها مصدر قانوني نُحكم فيها البحث العلمي الحر لنتوصل لحلول قضائية تتوافق وزماننا والوقائع المعروضة على القاضي، ألا توجد جرأة لدى القاضي الجزائري ليخوض هذا

---

1 - أنظر: المواد 49-52 من القانون المدني الجزائري، مصدر سابق.

2 - أنظر: المواد 688-689 من القانون المدني الجزائري، مصدر سابق.

3 - أنظر: د. محمد أحمد رفعت عبد الوهاب، المبادئ العامة للقانون، الدار الجامعية،1992، لبنان، ص 100 وما بعدها.

البحث العلمي كما سبقه القاضي الفرنسي في مسائل الأخرى كانت من الممنوعات في نظامهم القانوني، خاصة وأن التطبيقات القضائية المقارنة وأقصد العربية لها في ذلك أمثلة [1].

فنجد القاضي الإداري المصري لم يجد غضاضة في أن يقتفي أثر القاضي المدني ويأخذ بمبادئ الشريعة الإسلامية، فقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى قولها : "... لما كان الدستور في مادته الثانية يقضي بأن مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع، كما تنص المادة الحادية عشرة منه؛ بأن تكفل الدولة المساواة بين المرأة والرجل في ميادين الحياة السياسية والاجتماعية والثقافية والاقتصادية دون إخلال بأحكام الشريعة الإسلامية، وإن كان قانون مجلس الدولة لم يتضمن نصا صريحا يمنع تعيين المرأة في وظائفه الفنية، إلا أنه كذلك لم يورد نصا بوجوب مساواتها بالرجل في شغل هذه الوظائف، ولما كانت مذاهب الفقه الإسلامي فيما يتعلق بوظائف القضاء على التحديد من لا يجيز تقليد المرأة القضاء ومنها من يجيزه، ولكل من الرأيين حججه وأسانيده. فإنه يجوز لجهة الإدارة في هذه الحالة، وإعمالا لسلطتها التقديرية – في هذا المجال أن تترخص في الأخذ بأي من الرأيين المذكورين بما تراه أكثر ملائمة لظروف الحال في الزمن الذي أصدرت فيه قرارها"[2].

---

[1] – أنظر: قرار محكمة الاستئناف الإدارية، الرباط، الحكم رقم: 404، في 2007/6/20، والذي جاء فيه: "ليس لأراضي الجموع قانون موحد، بل إن هذا النوع من الأراضي يخضع جانب منه للشريعة الإسلامية... فضلا عن أن أحكام الشريعة الإسلامية لا تميز في الإرث بين الذكر والأنثى".

[2] – قرار المحكمة الإدارية العليا، الطعن 63، في 3 يونيو 1979، السنة 20 ق. ص 116.

كما قضت محكمة القضاء الإداري في مصر بإلغاء قرار وزير الصحة، بتفويض وكيلة وزارة الصحة بمنع المدعية أمال محمد إبراهيم من ارتداء النقاب أثناء ممارستها لعملها كممرضة، وما يترتب على ذلك من أثار، كما ألزمت وزارة الصحة بتمكين المدعية بأداء عملها مرتدية النقاب كحرية شخصية، مع التزامها الجوهري بالزي الموحد للممرضات على مستوى الجمهورية، مستندة في ذلك على أن الشريعة الإسلامية مصدر من مصادر القانون الإداري [1].

وبعد المصدر الاحتياطي الأول وهو مبادئ الشريعة الإسلامية يعتبر القاضي الإداري العرف الإداري الذي استقر عليه العمل بمثابة القاعدة التنظيمية التي لا ينبغي مخالفتها.

والمقصود بالعرف الإداري:" مجموعة القواعد القانونية الناشئة عن سلوك السلطة الإدارية بخصوص أمر ما على نحو معين، واطّراد سلوكها على هذا النحو، حتى يسود اعتقاد بأن هذا السلوك أصبح ملزما لها [2]، أو "هو اتباع السلطة الإدارية لسلوك معين، بوتيرة منتظمة، خلال فترة من الزمن، توحي بوجود شعور بالإلزام ينشئ قاعدة قانونية عرفية [3]، أو "هو القاعدة التنظيمية

---

1 – قرار المحكمة الإدارية رقم 1316 و1905، لسنة 34 ق، في 1989/7/1، نقلا عن: د. كمال دريد، الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون الإداري، مرجع سابق، ص 158.

2 – د. سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، منشأة المعارف، 2004، مصر، ص 68.

3 – د. حسين الدوري، القضاء الإداري ومبدأ المشروعية، ندوة القضاء الإداري، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 2007، المغرب، ص 18.

الناشئة من تكرار السلطة الإدارية المختصة، لأعمال إدارية فردية، واقتران هذه القاعدة بالتزام الإدارة بها وقبول الأفراد لحكمها" [1].

وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى تعريف العرف الإداري بأنه: "تعبير أصطلح على أطلاقه على الأوضاع التي درجت الجهات الإدارية على اتباعها في مزاولة نشاط معين، وينشأ باستمرار الإدارة في التزامها بهذه الأوضاع والسير على سننها في مباشرة هذا النشاط إلى إن تصبح بمثابة القاعدة القانونية الواجبة الإتباع، ما لم تعدل بقاعدة أخرى مماثلة [2].

ولم أجد تعريفا للعرف في القضاء الإداري الجزائري فيما اطلعت عليه من قرارات كثيرة، ولعل ذلك راجع إلى أن كثير من رجال الفقه يحكمون على العرف في المجال الإداري يمارس دورا ثانويا في الكشف عن قواعد القانون الإداري، على خلاف الدور الفعال والبارز الذي يلعبه العرف في المجال المدني والتجاري، ورجح ذلك الدكتور عمار بوضياف مستدلا بأن القاضي الإداري في الجزائر لم يلجأ للعرف الإداري في حل النزاعات المعروضة عليه، وذلك نتيجة لدراسات معمقة قام بها في الموضوع [3].

---

[1] – د. برهان خليل زريق، نحو نظرية عامة في العرف الإداري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة دمشق، مطبعة عكرمة، 1986، سوريا، ص 28.

[2] – قرار المحكمة الإدارية العليا رقم 177، عن مجموعة الأحكام القضائية الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا في مصر، مجلس الدولة، المكتب الفني، السنة السابعة، 1962، ص 355.

[3] – أنظر: د. عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص 26.

ولقد سلم الفقه [1] والقضاء [2] في مصر على اعتبار العرف الإداري يأتي في المرتبة الثانية بعد التشريع مباشرة، وذلك تطبيقا للقاعدة التي أوردتها المجموعة المدنية في بابها التمهيدي، على أساس أن هذا الباب قصد به أن تسري أحكامه على كل فروع القانون [3].

أما التشريع الفرنسي فلم يتضمن نصوصا تتعلق بمشروعية العرف [4]، ويجب ألا يخالف العرف نصا وإلا كان عرفا غير قائم [5].

ولكن مجلس الدولة الفرنسي، ذهب إلى إقرار هذه المشروعية استنادا على الضرورة العملية [6] "*Nécessite pratique* "، لأن عدم رؤية هذه الضرورة كمبرر لإنشاء العرف الإداري؛ معناه توقف سير الحياة الإدارية المتطورة، كما أن مجلس الدولة الفرنسي تعرض للعرف الإداري في أحكامه القديمة والمتعلقة بتنظيم حقوق الارتفاق [7].

1– د. محمود محمد حافظ – القضاء الإداري، دار النهضة العربية، 1993، مصر، ص36، د. طعمية الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، 1976، مصر، ص 103، د. فؤاد العطار–القضاء الإداري، دار النهضة العربية،1982، مصر، ص85.

2– قرار المحكمة الإدارية العليا رقم 42، مجموعة الأحكام القضائية، السنة الثانية، ص 356.

3 – د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية القانون، دار النشر للجامعات المصرية، 1954، مصر، ص 134.

4 - V. François Gény, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, L.G.D.J, 2 Edition, 1954, Tome 2, p 330.

5 – د. طعيمة الجرف، المرجع نفسه، ص 100.

6 – أنظر: د. بكر القباني، العرف كمصدر للقانون الإداري، دار النهضة العربية، 1996، مصر، ص 60.

7 - C.E.F, 16/11/1894, Encyclopédie juridique droit administratif, Dalloz, paris, Vol 03, p 5.

والقاضي الإداري وهو ينشئ الحل القضائي بالنظر للوقائع المعروضة عليه، قد تختلط المبادئ العامة إلى حد ما مع العرف، فالمبادئ العامة تستخلص من العلاقات الاجتماعية ومن التقاليد الموروثة، مثلها مثل العرف، لكن تختلف عن العرف من حيث الركن المادي، فالعرف يتكون من ركن مادي وركن معنوي، أما المبدأ فهو يختلف معه في مسألة التكرار، فلا يشترط في المبدأ أن يكون قديما، فهناك بعض المبادئ التي لم يطبقها مجلس الدولة إلا مرة واجدة، ومع ذلك أصبحت من المبادئ العامة للقانون [1].

ويطلق الفقه على العرف في هذه الحالة – حالة غياب النص التشريعي– بالعرف المكمّل[2] *Complémentaire la Coutume*" لأنه يسد نقصا في النصوص الإدارية وذلك بهدف تنظيم مسألة لم تتناولها هذه النصوص، ويكون ذلك إذا اعتادت الإدارة اعتيادا ملزما على تنظيم وضع لم يعالجه النص بتنظيمه [3]، ويسميه البعض بالعرف المنشئ [4] لأنه يستحدث قواعد تنظيمية.

ولعلّ ما ذهب إليه الدكتور برهان زريق هو الصواب؛ في أنه لا يمكن أن يرتقي العرف في القانون الإداري إلى مرتبة الإنشاء الذي فيه إبداع، والذي تميز

---

1 – د. برهان خليل زريق، نحو نظرية عامة في العرف الإداري، مرجع سابق، ص 185.

2 – ولا يوجد مثل هذا الحكم في التشريع الفرنسي، وذهب الفقه لتقرير مشروعيته بالاستناد على فكرة الضرورة العملية.

3– د. عبد المنعم البدراوي، المدخل للعلوم القانونية، دار الكتاب العربي، 1966، مصر، ص 332، ويرى أن العرف المكمل للتشريع ينشأ في القانون الخاص والعام على السواء ما عدا القانون الجنائي.

4 – د. عبد الفتاح حسن، القانون الإداري الكويتي، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، 1969، لبنان، ص26.

به القضاء الإداري، فإنشاء العرف ناتج ومستند عن معطيات تقدمها النصوص، وربما في غير نظرية حماية المال العام والتي هي من إنشاء العرف، لا تذكر مسألة أخرى ابتدعها العرف، وإنما قدم حلولا جزئية وتفصيلية في الكثير من المسائل [1].

وترجع أهمية العرف المكمل للتشريع، إلى تعذر إحاطة المشرع بتنظيم كافة الأمور [2]، أو إيراد كافة التفاصيل خاصة مع التقدم التكنولوجي وتعقد الحياة الإدارية، الأمر الذي يستلزم أن يُترك للاعتيادات الإدارية الملزمة مسؤولية سد ما قد يشوب التشريع من نقص [3]، الأمر الذي جعل المشرع ينص على العرف في أولى مواد القانون المدني، وكذلك فعل المشرع المصري.

وللعرف الإداري المكمل في مصر تطبيقات قضائية كثيرة نذكر منها على سبيل المثال؛ ما قضت به محكمة القضاء الإداري حين قالت: "إن قضاء هذه المحكمة قد استقر على أن العرف الإداري قد جرى منذ عهد بعيد على تخويل وكيل المديرية حق مباشرة اختصاصات المدير أثناء غيابه، ما لم ينص صراحة على منعه من مباشرتها، ولما كانت لائحة الترع والجسور قد خلت من أي نص يحرُم وكيل المديرية من مباشرة اختصاص المدير في رئاسة لجان مخالفات

---

1 – أنظر: د. برهان زريق، المرجع نفسه، ص 193.

2 - Lefebvre : la Coutume Comme source du droit française contemporaine, thèse, Lille, 1906, p.62.

3 –أنظر: د. بكر القباني، مرجع سابق، ص 59.

الرَّي، فإن حلوله محله في رئاسة هذه اللجان جائز ولا مخالفة فيه لأحكام القانون"[1].

كما ذهبت إلى أنه "إذا ثبت أن المصلحة قد تخطت المدعي في الأقدمية، وكانت مستندة على عدم تمضيته ستة أشهر في المصلحة التي نقل إليه، وأن العرف كان قبل العمل بقانون نظام موظفي الدولة قد جرى في هذه المصلحة على وجوب تمضية هذه الشهور الستة، فإذا ثبت ذلك فإن هذا لا يبرر تجاوز المدعي في الترقية عند حلول دوره في الأقدمية، إذ أن هذه القيود لا سند لها من قرار مجلس الوزراء الصادر بقواعد الترقية، فيكون قرار الترقية قد خالف القانون بتخطي المدعي في الترقية ويتعين إلغاؤه"[2].

ويشترط لاعتبار العرف ملزما للإدارة أن يتوافر شرطان؛ أن يكون العرف عاما وتطبقه الإدارة بصفة دائمة وبصورة منتظمة، ثم ألا يكون العرف مخالفا للنصوص القانونية القائمة، وإلى ذلك ذهبت محكمة القضاء الإداري المصري بقولها: "إنه إذا كان محظورا على العرف الإداري أن يخالف تشريعا، فإنه "ينجر عن ذلك أن العرف الناشئ عن خطأ في فهم القانون لا يمكن التعويل عليه[3].

ودور القضاء الإداري مع العرف الإداري يتأرجح بين التفسير والإثبات،

1– قرار محكمة القضاء الإداري رقم 188، في 26 فبراير 1953، مجموعة محكمة القضاء الإداري، المكتب الفني، السنة السادسة، ص 554.

2– قرار محكمة القضاء الإداري رقم 223، في 24 يناير 1955، مجموعة محكمة القضاء الإداري، السنة التاسعة، ص 257.

3– قرار الإدارية العليا رقم 42، في 23 فبراير 1962، مجموعة السنة السابعة، ص 355.

ولا يمتد إلى التكوين كأصل عام، ولكن إذا رأينا الدور المادي لا القانوني الذي يلعبه القاضي الإداري في توضيح العرف وتنقيته، وتطبيق أحكامه، مما يدفع الأفراد إلى اتباعه، كل ذلك يجعلنا نقول إنه يساهم بصورة غير مباشرة في تكوين العرف [1].

ومن المعلوم أن العرف ينشأ من الوقائع [2]، وهذه الوقائع لا تنشئ القاعدة، وإنما تقتصر على إنشاء مضمونها دون صياغتها في ألفاظ واضحة تعبر عن وجودها وتبين معناها، الأمر الذي يترتب عليه صعوبة في التحقق من وجود العرف، ومعرفة الوقت الذي بدأ فيه، وتعدد المناهج القانونية التي فسرت العرف، مما يجعل هذه المسألة بالغة الصعوبة والتحديد، وهذه الصعوبة تقع على عاتق القاضي الإداري، فنجد أحد الفقهاء يعبر عن هذه الحقيقة بقوله: "كيف يتسنى للقاضي معرفة القاعدة العرفية، وكيف يتأكد أن حكمها لا زال قائما ولم يتطور، فعليه أن يتغلغل في سلوك الناس ليصل إلى ما اعتادوا عليه، وعليه أن يغوص في نفوسهم وضمائرهم ليستقصي مدى شعورهم بالزام ما اعتادوا عليه، وعلى القاضي أن يتحرى منتهى الدقة عند قيامه بهذه المهمة، لأن التساهل في ذلك قد يفتح الباب على مصرعيه ن بوجود قواعد قانونية تنسب خطأ للعرف، لمجرد اعتياد قلة من الناس أو الإدارة على حكم معين، أو لمجرد ميل القاضي إلى هذا الحكم[3].

---

1 – د. سليمان الطماوي، الوجيز في القضاء الإداري، دار الفكر العربي، 1970، مصر، ص

2 – د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، 1998، مصر، ص 352.

3 – د. نعمان خليل جمعة، المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، 1977، مصر، ص 73.

وإذا لم يجد القاضي الحل لا في مبادئ الشريعة الإسلامية ولا في العرف الإداري فإنه يلجأ إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة؛ أي يكون الحل القضائي الذي يضعه القاضي الإداري من اجتهاده المطلق، ولا يعتمد في وضعه على مصادر محددة واضحة، بل يستند في استنباطه على الأسس العامة التي يستقر عليها النظام القانوني للدولة، بمعنى أنه يستمده من جوهر القانون الذي هو القانون الطبيعي أو قواعد العدالة، وذلك حسب المادة الأولى من القانون المدني.

وهناعلينا أن لا نخلط بين جوهر القانون، ومصدر القانون؛ فالقانون الطبيعي أو قواعد العدالة هما جوهر القانون الذي يستلهمه المشرع، وهو بصدد وضع القاعدة القانونية، وهما أيضا جوهر القانون الذي يستلهمه القاضي بصفة عامة وهو بصدد الفصل في المنازعات المعروضة عليه والتي لم يجد بشأنها نصا قانونيا في مصادر القانون ليطبقه عليه، فالحل القضائي هنا، والحال أن القاضي الإداري لم يجد مصدرا من المصادر التي حددها المشرع وفق المنهج الذي رسمه، يرجع أساسا إلى الضمير القانوني العام للجماعة، وما يحتويه من مبادئ القانون الطبيعي والمبادئ العليا للعدالة [1]، وما يقدره القاضي الإداري من موازنة تجعله يحقق التوازن بين المصلحة العامة والمصالح الفردية.

وقد استخدم هذا المصطلح في القضاء الإداري المصري بتعبيرات متعددة؛

---

[1] – أنظر: د. مراد بدران، القرار المبدئي في المجال الإداري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد الثالث، 2009، ص 169.

مثل المبادئ العليا الدستورية، والمبادئ القانونية المسلم بها، ومبادئ العدالة والإنصاف، ومبدأ المساواة، وعدم الإخلال بواجبات الوظيفية والخروج على مقتضياتها [1].

ومن الأمثلة على ذلك ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري في مصر من أنه: ".. لا تثريب على الموظف في إبداء رأيه إن كان معتدا بنفسه، واثقا من سلامة نظره، شجاعا في إبداء رأيه، صريحا في ذلك أمام رئيسه، لم يجانب ما تقتضيه وظيفته من تحفظ ووقار، ذلك أن الصراحة في إبداء الرأي بما فيه وجه المصلحة العامة مطلوبة؛ حتى لا تضيع المصلحة في تلافيف المصانعة والرياء، إذ الحقيقة دائما هي وليدة الرأي لا يجليها إلا مقارعة الحجة بالحجة"[2].

وكذلك قولها أيضا: "لا مشاحة في أن المبادئ العليا الدستورية تقتضي مساواة المرأة والرجل في الحقوق والواجبات. ومقتضى هذه المساواة عند تطبيقها على الوظائف والأعمال العامة. هو عدم جواز حرمان المرأة على وجه مطلق من تولى هذه الأعمال والوظائف وإلا كان في ذلك تعارض مع مبدأ المساواة وإخلال بهذا المبدأ الجوهري من المبادئ العليا الدستورية" [3].

---

[1]– أنظر: المستشار. وجدي عبد الصمد، دور القاضي في تطبيق وخلق القانون، مجلة المحاماة، لسنة 56، العددان 9–10، ص 79–80.

[2] – حكم محكمة القضاء الإداري، في 21 يونيو 1950، مجموعة محكمة القضاء الإداري، المكتب الفني، السنة 4، ص 916.

[3] – حكم محكمة القضاء الإداري، في 23 ديسمبر،1953 مجموعة محكمة القضاء الإداري، المكتب الفني، السنة 7، ص 304.

ومنها أيضا قولها: "أن ثمة قدرا من الضمانات الجوهرية يجب أن تتوفر كحد أدنى في كل محاكمة تأديبية، وهذا القدر تمليه العدالة المجردة، وضمير الإنصاف، والأصول العامة في المحاكمات وإن لم يرد به نص"[1].

وكذلك "لا يجوز معاقبة الموظف عن الذنب الواحد مرتين وهذا من البديهيات التي تقتضيها العدالة الطبيعية ومن الأصول المسلمة في القوانين الجزائية"[2].

فالقاضي الإداري لا تتوقف مهمته عند تطبيق القواعد المقننة فقط، وإنما تمتد إلى حد إنشاء القواعد القانونية، على خلاف الدور الذي يلعبه القاضي المدني، وقد أكدت المذكرة الإيضاحية لقانون مجلس الدولة في مصر رقم (165) لسنة 1955 على الدور الإنشائي للقاضي الإداري فجاء فيها: "أن القانون الإداري يفترق عن القوانين الأخرى كالقانون المدني والتجاري في انه قانون غير مقنن وأنه ما زال في مقتبل نشأته ومازالت طرقه وعرة وغير معبدة، لذلك يتميز القضاء الإداري بأنه ليس مجرد قضاء إنشائي يبتدع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ بين الإدارة في تسييرها للمرافق العامة وبين الأفراد، وهي روابط تختلف بطبيعتها عن روابط القانون الخاص ومن ثم ابتدع القضاء الإداري نظرياته التي استقل بها بهذا الشأن.

---

1 – حكم الإدارية العليا، في 21 مارس 1959، مجموعة أبو شاذي، ص 288، وحكم الإدارية العليا، في 01 فبراير 1962، مجموعة محكمة القضاء الإداري، المكتب الفني، السنة 5، رقم 958.

2 – حكم الإدارية العليا، في 12 يناير 1963، مجموعة محكمة القضاء الإداري، السنة 8، ص 439.

ومن المنطقي أنه حينما يقوم القاضي بإيجاد حل قانوني على النزاع المعروض عليه، والذي لم يجد له حلا في المصادر القانونية، فإن القاضي الإداري يكون هو المصدر الوحيد للقانون فيما يخص هذا النزاع.

ولذلك نجد أن المبادئ العامة للقانون تجد مصدرها المباشر في أحكام مجلس الدولة الفرنسي، والذي يرجع له وحده الفضل في استنباطها كقواعد قانونية ملزمة، لتكون مصدرا هاما مستقلا من مصادر المشروعية، مصدرا مستقلا عن التشريع بل ويتعداه في بعض الأحيان، تتدخل عند تخلف قواعد القانون؛ إما لعدم وجودها، أو لعدم فاعليتها في هذا الميدان أو ذاك، فكانت نتيجة تميز وتطور كبير للقاضي الإداري في فرنسا، كما أنها لم تولد مرة واحدة، بل وجدت بعد تطور طويل ومضني، قبل أن تستقر كنظرية متكاملة [1].

فهذه النظرية القضائية بالمعنى الكامل للكلمة، عرفت تعريفات عديدة، ولعل أهم تعريف لها، هو تعريف مفوض الحكومة *Letourneur* في تقريره عن قضية " *Société des concerts du conservatoire* " [2]، مخاطبا مجلس الدولة بقوله: "إن قضاءكم قد قبل منذ مدة طويلة أنه إلى جانب القوانين المكتوبة، توجد مبادئ كبرى يُعتبر الاعتراف بها كقواعد قانونية أمر ضرورياً لتكملة الإطار القانوني الذي في ظله يجب أن تتطور الأمة بما لها من تنظيمات سياسية واقتصادية، وأن مخالفة هذه المبادئ الكبرى لها ذات النتائج التي ترتبها مخالفة القانون

---

1 – د. محمد أحمد رفعت عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 07.

2 - C.E, 09/03/1951, Société des concerts du conservatoire, Rec. 151.

المكتوب، أي إلغاء القرار الصادر على خلافها والتزام السلطة التي أصدرته بالتعويض عن قرارها الخاطئ"[1].

وعرفها الدكتور ديلوبادير *André de Laubadère* بأنها: "عدد من المبادئ التي لا تظهر مصاغة في نصوص مكتوبة، ولكن يعترف بها القضاء باعتبارها واجبة الاحترام من الإدارة، وأن مخالفتها تمثل انتهاكا للمشروعية"[2]، كما تم تعريفها في قاموس المصطلحات القانونية الفرنسي بأنها:

les principes généraux du droit: "Principale source non écrite de droit administratif, représentée par de règles de droit obligatoires pour l'administration et dont l'existence est affirmée de manière prétorienne par le juge, leur respect s'impose à toutes les autorités administratives, même dans les matières ou le gouvernement est investi par la constitution d'UN pouvoir règlementaire autonome non subordonné à la loi". [3]

وعرفها أستاذي الدكتور محمد أحمد رفعت عبد الوهاب: "مجموعة من القواعد القانونية الأساسية أو الجوهرية التي تلتزم الإدارة بمراعاتها في قراراتها الفردية واللائحية في كل مظاهرها، وتكون لها قوة قانونية تماثل التشريع العادي، ولكنها مه ذلك غير مكتوبة فهي لا تستند مباشرة لنص قانوني مكتوب وإنما تجد مصدرها المباشر في قضاء مجلس الدولة الفرنسي"[4].

وأذكر مثالا لهذه المبادئ الجوهرية الكثيرة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي؛ مبدأ خضوع كل قرار إداري للطعن بالإلغاء لتجاوز السلطة، فهذا المبدأ

---

[1] - études et document, conseil d'état, imprimerie nationale, 1951, p24.

[2] - André de- laubadére, traité élémentaire de droit administratif, 8ème édition, 1980, P. 259.

[3] - lexique des termes juridiques, op.cit., p 736.

[4] – د. محمد أحمد رفعت عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 15.

قد قرره مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الشهير" *Dame lamotte"* الذي سبقت الإشارة إليه عند الحديث عن أحد قوانين حكومة فيشي سنة 1943 فذكر المجلس بكل وضوح أن الطعن لتجاوز السلطة يبقى مفتوحا وممكنا حتى دون وجود نص ضد كل قرار إداري [1].

ونفس الموقف اتخذته الغرفة الإدارية في المحكمة العليا، ومجلس الدولة الجزائري في قرارات عديدة، ومنها القرار الصادر في 1986/01/17[2]، وقرار في 1987/01/31[3]، وقرار في 2000/01/17[4]، إذ قرر: "أن الطعن من أجل تجاوز السلطة يطعن به حتى في حالة عدم وجود نص قانوني وقضى به في جميع القرارات الإدارية التي تتضمن وتلحق ضررا بالغير".

1 – د. محمد أحمد رفعت عبد الوهاب، المرجع نفسه، ص 121.

2 – قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى رقم 49330، في 1986/01/17، نشرة القضاة، 1988، العدد 44، ص 79.

3 – قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى رقم 42895، في 1987/01/31، المجلة القضائية، 1990، العدد الأول، ص 219.

4 – قرار مجلس الدولة، بدون رقم، في 2000/01/17، مجلة مجلس الدولة، العدد الثاني، 2002، ص 09.

المبحث الثاني: القضاء الإداري والرقابة على السلطة التقديرية للإدارة

موضوع السلطة التقديرية للإدارة يعتبر من أكثر موضوعات القانون الإداري إثارة للنقاش والجدال بين الفقهاء والقضاة، فهو موضوع مثير للحيرة، شائك ودقيق، ومن الصعب صياغة نظرية شاملة ومحكمة بشأنه، تضع له قواعد واضحة ومحددة، حيث أنه من مستلزمات دور ووظيفة السلطة التنفيذية هو مجرد تنفيذ القوانين التي تسنها السلطة التشريعية، مما ينتج عنه أن ترتبط وظيفة السلطة التنفيذية بصفة عامة والإدارة بصفة خاصة على مجرد التعبير تعبيرا صادقا عن إرادة المشرع بلا نقص أو زيادة، وبهذا المفهوم تكون سلطات الإدارة مقيدة باستمرار، ولكن ضروريات الحياة الإدارية ومقتضيات النشاط الإداري تحول دون الأخذ بالمنطق السابق على إطلاقه، بسبب أن الإدارة ليست آلة محددة النظام والبرنامج، بل هي تضطلع بمهمة النشاط الإداري الذي هو في تغير متزايد، مما يجعله في حاجة إلى معاملة متغيرة دائما بين التنفيذ والتقدير، وذلك كله لتحقيق المصلحة العامة والمحافظة عليها[1].

إن المبدأ المستقر عليه في معظم الدول الديمقراطية هو خضوع الإدارة للرقابة القضائية، لأن هذه الرقابة تستهدف حماية الحريات الفردية، ولكن هذا لا يجعلنا نحجب الأبصار عن حاجة الإدارة إلى قدر من الحرية تضمن به السير الحسن لنشاطاتها، وإذا كان من اللازم تقييد الإدارة فيجب ألا يؤدي ذلك إلى ربط

[1] - V. Michel Filion, Le pouvoir discrétionnaire de l’administration exercé sous forme de normes administratives :les directives, Un article de la revue Les Cahiers de droit, volume 20, numéro 4, 1979, p.85.5

أيدي رجالها وقتل روح الابتكار فيهم، ولهذا منح المشرع الإدارة قدرا من الحرية يتمثل في السلطة التقديرية.

وتدخل الدولة الحديثة في مجالات عديدة وكثيرة، فرض على المشرع أن يقرر للإدارة السلطة التقديرية لكي تستطيع أن تواجه مهامها ومسؤولياتها بكفاءة وحسن تصرف، ولكن علينا التأكيد بأن هذه السلطة يجب أن تمارس في إطار رقابة القضاء الإداري، وأن تتسم بالموضوعية وتراعي روح المصلحة العامة، مهما كانت حاجة الأفراد إلى وضع قيود على حرية الإدارة في تصرفاتها، فان موجب ذلك لا يجعلنا نسرف في هذا التقييد، لما سوف يترتب عليه في النهاية من عواقب كبيرة، تتمثل في شل حركة الإدارة وبالتالي لا تستطيع أن تواجه المتغيرات المستمرة بين فترة وفترة في النشاط الإداري، الأمر الذي سيؤدي إلى كبت نشاطها وإعدام روح الابتكار لديها، فكانت السلطة التقديرية ضرورة لازمة للإدارة لضمان حسن تسييرها للعمل الإداري وذلك لتحقيق المصلحة العامة وتلبية حاجيات المواطنين(1).

وبناء على ما سبق فإن السلطة التقديرية إنما تستند إلى اعتبارات عملية ضرورية، تمنح الإدارة بموجبها عدة اختيارات لمواجهة الواقع الذي لا نستطيع أن نتصوره مسبقان ولا يمكن للقاضي معايشة ملابساته وتفاصيله(2).

---

1 – د. حمدي علي عمر، السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها، الرياض، الطبعة الأولى، 2003، ص 35.

2 – د. محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2005، الجزائر، ص17.

وللسلطة التقديرية للإدارة تعريفات فقهية عديدة، فقد عرفها الدكتور هوريو "*Maurice Hauriou*" بقوله: "إن الإدارة تقوم بممارسة صلاحياتها في تقديم خدمات للأفراد، وفقا لما ينص عليه القانون، ولكن أحيانا يترك لها القانون مجالا من الحرية في اختيار القرار والوقت الملائم لاتخاذه"[1]، ويرى الأستاذ دي لوبادار "*André de LAUBADERE*" أن: "أن الإدارة تتمتع بالسلطة التقديرية إذا كان لها حرية اتخاذ القرار الإداري، وذلك حينما تكون في مواجهة ظروف واقعية معينة، وعليها أن تختار القرار المناسب من بين عدة قرارات إذا لم يفرض القانون المسلك الواجب إتباعه مسبقا"[2].

أما العميد بونار "*Roger Bonnard*" فيرى أن السلطة التقديرية للإدارة: "تكون عندما يترك لها القانون بصدد علاقاتها مع الأفراد الحرية في أن تتدخل، أو تمتنع، ووقت هذا التدخل وكيفيته، وكذلك مضمون القرار الذي تتخذه، فالسلطة التقديرية هي التي يتركها القانون للإدارة لتحديد ما يصح عمله وما يصح تركه"[3].

ويذهب الدكتور سليمان الطماوي لتأييد العميد بونار في رأيه بالسلطة التقديرية للإدارة، والذي يتفق أيضا مع قرارات مجلس الدولة الفرنسي، والذي

---

[1] -Maurice HAURIOU, Précis de droit administratif et de droit public, 12eme éditions, Dalloz, paris, 2002, p 221.

[2] - André de Laubadere et Jean-Claude Venezia et Yves Gaudemet, Traité de droit administratif, tome1,L.G.D.J, Paris,1999,p.690 .

[3] – د. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مطبعة جامعة عين شمس، الطبعة السادسة،1991، مصر، ص 46.

مفاده أن: "القرار المبني عل سلطة تقديرية يقوم على أساسين؛ يتضمن الأول: عدم وجود قرار تقديري بشكل كلي، والتي كانت تسمى سابقا بطائفة الأعمال التقديرية فلم يبق هذا النوع من القرارات سوى ما تعلق بأعمال السيادة، أما الثاني: فإن التقدير أو التقييد في القرارات الإدارية، يرد على عنصر بعينه من العناصر التي يتكون منها القرار الإداري"[1].

وعرف الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب السلطة التقديرية أو كما يسميها "بالسلطة الاستنسابية": "بأنها تلك السلطة التي تتمتع بها الإدارة بناء على ما يسمح لها به القانون من حرية في تقدير الظروف الواقعية واتخاذ القرار الذي تراه ملائما لهذه الظروف"[2].

وذهب مجلس الدولة الجزائري لتحديد مفهوم السلطة التقديرية وضابطها في قرار له صادر بتاريخ 2003/5/20، بمناسبة فصله في طعن بالإلغاء لقرار إداري ضمني، يتضمن رفض إصدار مرسوم تنفيذي متعلق بالقانون الأساسي لقضاة مجلس المحاسبة، واعتبر مجلس الدولة في قراره أن الحكومة ملزمة بإصدار النصوص التنفيذية لتكريس ولتجسيد حق قد أنشأه القانون، ولكن الحكومة ليس لها سلطة تقديرية في مجال إصدار النصوص التنفيذية لتكريس حق ما فعليا بعد ما أنشأه القانون، فالسلطة التقديرية للحكومة تتعلق فقط

---

[1] – د. سليمان محمد الطماوي، المرجع نفسه، ص 50.

[2] - د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2005، ص

بجانب اختيار السبل العملية والتقنية وتمديد الشروط التي لا تتعارض مع المبادئ المقررة في القانون محل التنفيذ[1].

وعليه سأتناول مسألة السلطة التقديرية للإدارة وما يتعلق بها، وعلاقة ودور القاضي الإداري في ذلك في مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: الاتجاهات التقليدية في رقابة الاجتهاد القضائي على السلطة التقديرية للإدارة.

المطلب الثاني: الاتجاهات الحديثة في الرقابة الاجتهاد القضائي على السلطة التقديرية للإدارة.

المطلب الأول: الاتجاهات التقليدية في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة

مما لا شك فيه أن للإدارة حرية في اتخاذ التصرفات التي تراها مناسبة وملائمة وهي تمارس سلطتها التقديرية، حيث منحها القانون حيزا من حرية التصرف عندما تمارس اختصاصاتها القانونية في تقدير القيام بالعمل القانوني أو عدم القيام به؛ وذلك بسبب أن وظيفتها تتمثل في القيام بالأعباء الإدارية، وبالتالي سيكون لها اختيار الوسائل اللازمة، ووقت القيام بها ما دامت لم تخرج من نطاق المشروعية، وهذا ما دفع الفقه والقضاء للقول بأن الاعتراف بهذا القدر للإدارة من حرية التصرف يعد بمثابة الشرط لحياة وبقاء الإدارة، خاصة بعد أن

---

[1] – قرار مجلس الدولة رقم 013948، بتاريخ 2003/05/20، قرار غير منشور، نقلا عن: د. سكاكني باية، دور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات الأساسية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 57.

تعاظم الدور الذي أصبحت تضطلع به جهة الإدارة وتشعب مجالاتها، وأيضا بعد أن أصبحت فكرة الدولة الحارسة، مفهوم ليس له فاعلية في الوقت الحالي.

وبناء على ما سبق فإنه مهما قيل عن فكرة السلطة التقديرية للإدارة، ومهما قيل عن تبريرها، فإن هذه السلطة ترتبط وتتلازم والدولة القانونية؛ بمعنى أنه لا يمكن ظهور فكرة السلطة التقديرية في نظام لا يسوده مبدأ سيادة القانون(1).

وإن كانت هناك رقابة إدارية ذاتية، ورقابة سياسية، تلعب دورا مهما في هذه الرقابة، إلا أن الرقابة القضائية على أعمال الإدارة التقديرية تمثل ضرورة ملحة لحماية حقوق الأفراد وحرياتهم ضد تعسف الإدارة واستبدادها، فهي بحق تعتبر المظهر العملي والفعال لحماية مبدأ المشروعية (2).

لكن سرعان ما تغيرت الأوضاع ولم يعد الوضع على ما كان عليه، حيث كان في القرن الذي مضى رقابة القاضي الإداري على أعمال الإدارة تنحصر في رقابة مدى مشروعية تلك الأعمال، فنجد مجلس الدولة قد بدأ كخطوة أولى بالاعتراف لنفسه بالحق في الرقابة على الوجود المادي للوقائع التي ادعتها الإدارة وأسست قراراتها بناء عليها، ثم تحول مجلس الدولة بعد ذلك إلى رقابة التكييف القانوني لتلك الوقائع؛ أي هل تتفق وقصد المشرع منها أم لا؟

---

1 – أنظر: د. سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار الجامعة الجديدة، 2014، مصر، ص 17.

2 – أنظر: د. العربي زروق، التطور القضائي لمجلس الدولة الفرنسي في رقابة السلطة التقديرية، مجلة مجلس الدولة، العدد الثامن، 2006، ص 118.

وتتبين لنا الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة في العناصر الداخلية للقرار الإداري، وذلك من حيث السبب الذي استند عليه القرار لصدروه، سواء تعلق بالوقائع المادية، أو بالتكييف القانوني له، ونقصد بالسبب؛ الحالة الواقعية التي تحدث بعيدا عن رجل الإدارة، وتبرر اتخاذه للقرار بناء على نص قانوني يتناسب ووقائع الحالة المادية، والإدارة من حيث العموم ليست ملزمة بذكر سبب اتخاذها للقرار إلا إذا نص القانون على ذلك.

كما إن وجوب توافر السبب الصحيح في القرار الإداري يختلف عن تسبيب القرار الإداري كإجراء شكلي قد يتطلبه القانون، وهو ما يدخل في عيب الشكل، وأما السبب في القرار الإداري؛ هو حالة واقعية أو قانونية تحمل الإدارة على التدخل بقصد إحداث أثر قانوني هو محل القرار، تحقيقا للمنفعة العامة والتي هي غاية القرار.

وبناء على ما سبق يمكن القول؛ أنه يشترط في القرار الإداري أن يقوم على أسباب واقعية حقيقية وأن تكون هذه الأسباب سليمة من الناحية القانونية، فتكون رقابة القضاء على الشرط الأول تتمثل في الرقابة على الوجود المادي لعنصر السبب؛ في حين أن الرقابة على الشرط الثاني؛ هي الرقابة على الوجود القانوني للوقائع، مما يعني التأكد من صحة انطباق الوصف القانوني على الوقائع المادية [1].

---

[1] – أ. محمد حسنين عبد العال، فكرة السبب في القرار الإداري ودعوى الإلغاء، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1971، ص05.

ولقد ذهب مجلس الدولة الجزائري في كثير من قراراته إلى الاعتراف بالسلطة التقديرية للإدارة، موافقا في ذلك الأحكام التي قررها القضاء الإداري المقارن، فنجد القاضي الإداري يمتنع عن إخضاع المجالات التي تخضع للسلطة التقديرية للإدارة لرقابته، بتأكيد الغرفة الإدارية على مستوى المحكمة العليا لهذا المبدأ بقولها: "من المستقر عليه أن القاضي الإداري غير مؤهل لمراقبة مدى ملائمة اختيار الإدارة للأراضي محل نزع الملكية قصد إنجاز مشروع ذي منفعة عامة، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بأن صفة المنفعة العامة غير مقدرة في غير محله"، كذلك التدابير الاحترازية التي تتخذها الإدارة في حق موظفيها خدمة لمصلحة المرفق العام[1].

لذلك سأتناول في هذا المطلب الاتجاهات التقليدية في الرقابة على الوجود المادي والتكييف القانوني للوقائع والمتعلقة بالسلطة التقديرية للإدارة في فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: دور القاضي الإداري في الرقابة على الوجود المادي للوقائع التي ادعتها الإدارة.

الفرع الثاني: دور القاضي الإداري في الرقابة على التكييف القانوني للوقائع التي ادعتها الإدارة والاستثناءات الواردة عليها.

---

1 – قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا رقم66960، في 21 أفريل 1990، المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد 02، 1992، الجزائر، ص 158، وقرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى رقم 23650، في1982/1/9، المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد الأول،1989، الجزائر، ص. 219

الفرع الأول: دور القاضي الإداري في الرقابة على الوجود المادي للوقائع التي ادعتها الإدارة

بدأت الرقابة على الوجود المادي للوقائع التي تدعيها جهة الإدارة من طرف القضاء الإداري الفرنسي عام 1907[1]، أي بعد إنشاء مجلس الدولة الفرنسي بخمسة وثلاثين عاما، حيث ظهرت تلك الرقابة بمقتضى قضية السيد هنري[2] "*le sieur Henri-Charles Monod*"، بتاريخ: 1907/06/28، حيث تتلخص وقائع القضية في أن السيد المدعو "*Monod*" كان يشغل منصب محافظ، ثم أحيل للتقاعد من طرف الإدارة، إلا أن السيد "*Monod*" رفع دعوى إلغاء ضد هذا القرار أمام مجلس الدولة الفرنسي، وعللت الإدارة إصدارها لمثل هذا القرار، بأن السيد "*Monod*" قد سبق له وأن تقدم بطلب إليها لإحالته على التقاعد، إلا أن المدعي قد طعن على ادعاء الإدارة هذا على أساس عدم صحة ما ادعته جهة الإدارة بأنه قد سبق التقدم إليها بطلب الإحالة للتقاعد، وبالتالي فإن قرار الإحالة الصادر من الإدارة ينطوي على جزاء تأديبي في صورة فصل إداري، فأصدر المجلس حكما بإلغاء قرار الإدارة لعدم وجود الوقائع التي تدعيها جهة الإدارة

---

[1] – وذلك راجع لأسباب سياسية ودستورية، جعلت مجلس الدولة الفرنسي يمتنع عن ممارسة هذه الرقابة حتى لا يوقف ذلك توسع وظيفة القضاء وتطوره، بعد أن أصبح يقال إن ممارسة القاضي الإداري لهذه الرقابة هو إحلال لتقديره الشخصي محل تقدير الإدارة، الأمر الذي يخرجه على دوره كقاضي مشروعية ليصبح رئيسا على الإدارة، أنظر: د. العربي زروق، التطور القضائي لمجلس الدولة الفرنسي في رقابة السلطة التقديرية للإدارة، مرجع سابق، ص 118.

[2] - C.E 18/06/1907, Monod, par Nadine poulet-Gibot, droit administratif, 3eme édition, Bréal, Paris, 2007, p.248

وكانت سببا في إصدار قرارها، وأصبح هذا الحكم نقطة البداية في التطور اللاحق لقضاء مجلس الدولة الفرنسي في هذا المجال، حيث بموجبه انكسرت نظرية القرارات التقديرية كما كانت مألوفة في القرن الماضي، حيث لم تعد أسبابها مما تقدره الإدارة بسلطة مطلقة من كل قيد، بل يجب أن تكون لتلك القرارات أسباب قوامها القانون والواقع[1]، مما يجعلنا نقول أن القرن التاسع عشر هو عصر السلطة التقديرية المطلقة للإدارة، والقرن العشرين هو عصر تقييد هذه السلطة.

فتدخل القاضي الإداري في فرنسا ليبحث مدى وجود الوقائع التي تدعيها جهة الإدارة والتي تمنحها الحق في التدخل لإصدار قراراتها الإدارية [2].

وعليه فإن الواقعة التي يعتمد عليها القرار، يجب أن تكون سببا قانونيا لهذا القرار، وإلا سيكون سبب هذا القرار منعدما ويجب إلغائه إذا كانت الواقعة غير صحيحة ماديا [3]، كما ذهب مجلس الدولة الفرنسي في كثير من أحكامه إلى بيان الرابطة التي تكون بين القرار الصادر من الإدارة والوقائع السابقة عليه، وهذا ما عبر عنه بمصطلح السبب القانوني[4].

---

1 - V. La Ferrière : Traité de la juridiction administrative, op.cit., P.424.

2 – د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، مرجع السابق، ص 233.

3 – أنظر: د. السيد محمد إبراهيم، رقابة القضاء الإداري على الوقائع في دعوى الإلغاء، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، 1963، الإسكندرية، ص54.

4 - André de Laubadere, Traité de droit administratif, op.cit., p565.

أما عن موقف الفقه الفرنسي فنجده إزاء هذا الموقف الجريء من مجلس الدولة الفرنسي قد انتهى إلى ضرورة إلغاء القرارات الإدارية التي لا تعتمد على وقائع صحيحة حتى ولو كانت هذه القرارات قد اتخذت من الإدارة وهي بصدد ممارسة سلطتها التقديرية، وهناك من الفقهاء الفرنسيين من أسّس تلك الرقابة على فكرة "الانحراف بالسلطة"، كالعميد *Hauriou*[1]، والفقيه *Vedel*[2]، حيث ذهبوا إلى أن مجلس الدولة بالإضافة إلى مهمته في رقابة مدى احترام النصوص القانونية، فإنه أيضا يراقب مدى احترام الإدارة لقواعد الأخلاق الإدارية التي يشهدها التطبيق العملي داخل المرافق الإدارية. وذهب الفقيه *Bonnard* إلى القول بأن: "أي عمل تقوم به جهة الإدارة يجب أن يكون له سبب قانوني يستند إليه وإلا عدا ذلك عملا ناشئا عن نزوه"[3].

ويتضح من تلك الآراء الفقهية؛ أنها تؤكد على رقابة مجلس الدولة الفرنسي على الوقائع التي تدعيها جهة الإدارة، وتبرر بها ما يصدر عنها من قرارات إدارية، تجعلها خاضعة لنطاق رقابة المشروعية [4].

---

1 - Maurice Hauriou ،le Pouvoir discrétionnaire et sa justification. Mélange carre de Malbergs, 1933.P. 233 et 314.

2 - Vedel، Essai sur la notion de cause en droit administratif ،Librairie du Recueil Sirey, Société anonyme, 1934, p 285.

3 - V. Bonnard، Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et Recours pour excès de pouvoir, R.D.P, 1923, P 388.

-

4 – أنظر: د. أشرف عبد الفتاح أبو المجد، موقف قاضي الإلغاء من سلطة الإدارة في تسبيب القرارات الإدارية، الشركة العربية المتحدة، 2009، مصر، ص 96.

هذا وقد استعمل مجلس الدولة الفرنسي مصطلح السبب القانوني في العديد من الأحكام وعلى سبيل المثال؛*Zeltanr*[1]، *Guibert*[2]، *Aliber*[3]، وهي قضايا تتعلق بالإحالة إلى التقاعد، وتزعم الإدارة فيها أن قرارتها قد صدرت بناء على سبق تقدم من المدعين بطلبات الإحالة إلى التقاعد، وكانت رقابة مجلس الدولة تنصب على التأكد من مجرد الوجود المادي لواقعة معينة –سبق تقديم الطلب من الموظف–، كما كان سعيه بالبحث عن إيجاد رابطة بين هذه الواقعة والقرار المرتبط بها، مستخدما في ذلك صيغة واحدة هي: "أن تأسيس القرار على واقعة مادية غير صحيحة، يجعله قائما على سبب غير موجود، مما يستوجب إلغاؤه لمجاوزة السلطة[4].

وبناء عليه؛ سواء أمر القانون جهة الإدارة أن تذكر السبب الذي يبرر إصدارها للقرار الإداري أو لم يشترط ذلك، فعلى الإدارة أن تبني قرارها على أسباب صحيحة تكون أساسا له، وإلا كان قرارها باطلا محكوم عليه بالإلغاء، ويستوي في ذلك أن تكون الإدارة نيتها حسنة أو سيئة [5].

---

[1] - C.E, 18/01/1929, Zeltanr, Rec., 73.

[2] - C.E, 03/08/1927, Guibert, Recueil des arrêts du Conseil d'état, 2eme" SÉRIE, 1927, paris, imprimerie contant-Laguerre, p 1399.

[3] - C.E, 18/11/1929, Alibert, Rec, 39, V. aussi, C.E, 04/05/1945, leher, Rec., p 80.

[4] - انظر: د. محمود سلامة جبر، رقابة مجلس الدولة على الغلط البين للإدارة في تكييف الوقائع وتقديرها في دعوى الإلغاء أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1992، ص 22.

[5] – انظر: أ. مصطفى مخاشف، رقابة القضاء الإداري للقرار في مجاله التقديري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد الثامن، جامعة سيدي بلعباس، 2011، ص. 126

وبالنسبة لمجلس الدولة المصري فقد باشر رقابته على الوقائع التي استندت إليها جهة الإدارة في قراراتها الإدارية منذ إنشائه على عكس نظيره الفرنسي، لذا فقد ذهب المشرع المصري في المادة الثالثة من قانون إنشاء مجلس الدولة، إلى تحديد أوجه الطعن بالإلغاء في القرار الإداري بقوله : "ويشترط في الطلبات المنصوص عليها... أن يكون مرجع الطعن عدم الاختصاص أو عيب الشكل ومخالفة القوانين واللوائح والخطأ في تطبيقها أو تأويلها أو إساءة استعمال السلطة"[1]، ثم ذهب القضاء الإداري إلى إضافة عيب "السبب" إلى هذه العيوب، فنجد أن مجلس الدولة المصري قد استقر قضاؤه على رقابة الوقائع التي تدعيها جهة الإدارة على أساس أنها كانت سببا في إصدارها للقرارات الإدارية، فكان يلغي كل قرار إداري ثبت عدم صحة الوقائع التي استندت عليها الإدارة في إصداره، بل حتى في الحالات التي لا يلزم المشرع الإدارة فيها بمراعاة وقائع معينة[2].

ومن المبادئ التي استقر عليها القضاء الإداري في فرنسا ومصري والجزائر؛ أن القرار الإداري إذا لم يشتمل على ذكر لأسبابه، فإنه يفترض فيه أنه قائم على أسباب مستهدفة المصلحة العامة، ومع ذلك فإن الأحكام الصادرة في مصر بخصوص هذا الشأن كانت مضطربة؛ فمنها من اعتبر تلك القرينة قاطعة تدل على قيامها على أساس سبب قانوني، ويقع عبء الإثبات على من يدعي العكس، ومنها ما اعتبر هذه القرينة بسيطة، وبالتالي فإنها تصحب كل قرار

---

[1] – القانون رقم 112، في 1946/08/15، والمتعلق بإنشاء مجلس الدولة.

[2] – د. محمود سلامة جبر، مرجع سابق، ص 23.

إداري لم تذكر أسبابه، وتبقى قائمة إلى أن يُثبت المدعي أن هذه الأسباب غير مشروعة ولا تحقق المصلحة العامة[1].

وذهبت محكمة القضاء الإداري في حكم لها إلى القول: "أن قرار الفصل غير المسبب يفترض فيه أنه قام على أسباب صحيحة، ولكن لما كان ملف الموظف هو الوعاء الصادق لتصوير حالته، وتبين أن ملفه نظيف وعمله سليم لا تشوبه شائبة، فإن هذا يكون دليلا على عدم وجود سبب لفصله، فينتقل بذلك عبء الإثبات على عاتق الإدارة، وإذا لم تفصح عن هذا السبب اعتبر القرار غير صحيح، وبالتالي يجوز للمحكمة إلغاؤه"[2].

ونشير إلى أن الإدارة في القضاء الإداري الجزائري من حيث العموم غير ملزمة بذكر وإعطاء أسباب لقرارها ما لم ينص القانون على ذلك، وهذا ما يؤكده قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى الصادرفي 11 جوان سنة 1965 بقولها: "ليس على الإدارة أي التزام بالرد على الطلبات التي قدمت إليها، ولا ملزمة حتى في هذه الحالة بأن تسبب قراراتها"[3].

كما قد يلزم المشرع الإدارة بضرورة تسبيب قراراتها في بعض الحالات مثل القانون الصادر في 01 ديسمبر 1990، والمتعلق بالتهيئة والتعمير، الذي ينص في مادته 62 في فقرتها الثانية على أنه : "وفي حالة الرفض أو التحفظ

---

1 – حكم محكمة القضاء الإداري، القضية رقم 550، في 1959/03/08، السنة الخامسة قضائية، ص 622.

2 – أنظر: حكم محكمة القضاء الإداري، القضية رقم،525 في 1962/06/16، السنة السادسة قضائية، ص 1582.

3 – أحمد محيو، المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص195.

يبلغ المعني بالقرار الذي اتخذته السلطة المختصة على أن يكون معللا قانونا ولأسباب مستخلصة من أحكام هذا القانون " [1].

وإن كانت الإدارة لا تلتزم بتضمين قرارها الأسباب التي اعتمدت عليها، ما لم يلزمها المشرع بذلك، فإن الرقابة التي يمارسها القضاء للتحقق من الوجود المادي والقانوني للسبب، تستلزم أن يكون القاضي عالما وملما بسبب القرار ليتمكن من بسط رقابته عليه.

كما أننا يجب ألا نغفل على الدور الإيجابي الذي يلعبه القاضي الإداري في توجيه الإجراءات ومن المعلوم أن من مميزات المنازعة الإدارية في القضاء الإداري الجزائري أن إجراءاتها ذات طابع تحقيقي ومكتوب، يلعب فيه القاضي والمستشار المقرر نفس الدور الذي يلعبه قاضي التحقيق في الدعوى الجزائية.

فلا يكتفي القاضي الإداري بما يقدمه له الأطراف، كما هو الحال بالنسبة للقاضي المدني مثلا بل نجده يوجه الأطراف، ويستطيع أن يأمر بأي إجراء يراه ضروريا، من أجل التحكم في إدارة النزاع المعروض عليه، كما يجهز الملف للفصل فيه طبقا لقواعد القانون، و هذا ما أكدت عليه المحكمة العليا في أحد قراراتها بالقول: "من المستقر عليه قضاء أن المادة 220 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لا تجد عمليا ما يبرر تطبيقها في المجال الإداري، مادامت الإجراءات تكتسي طابع التحري والتحقيق، ويتولى الإشراف عليها قاض يتمتع

---

[1] – القانون رقم 90–29، المؤرخ في 14 جمادى الأولى عام 1411 الموافق 01 ديسمبر 1990، والمتعلق بالتهيئة والتعمير، الجريدة الرسمية رقم 52، لسنة 1990.

بحرية التصرف اتجاه هذه الإجراءات، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون يستوجب إلغاء القرار المطعون فيه[1].

وبناء على ما سبق فالقاضي الإداري بخلاف القاضي المدني يملك حق توجيه الإجراءات حتى يتمكن من تكوين قناعته للفصل في النزاع، وهذا الدور الإيجابي يمكنه من أن يتدخل لتخفيف عبء الإثبات عن عاتق المدعي؛ وذلك بمطالبة الإدارة بالإفصاح عن سبب قرارها، وتقديم كل المستندات التي يعتقد القاضي لزومها لتكوين صورة واضحة حول النزاع المعروض عليه، وإلا أصبحت الرقابة التي يمارسها على أسباب القرار الإداري عند وجود سلطة تقديرية للإدارة، حالة عدم إلزام المشرع لها بذكر السبب؛ رقابة وهمية أو صورية.

ويشترط بالإضافة إلى الوجود المادي للوقائع، أن تكون تلك الوقائع مازالت موجودة حتى صدور القرار الإداري، وإلا اعتبر القرار قد بني على وقائع غير موجودة، وفي هذا الشأن قضى مجلس الدولة المصري في الدعوى التي رفعت من ضابط شرطة طالبا إلغاء قرار وزير الداخلية بإحالته إلى الاستيداع، وذلك بسبب إصابته بمرض أقعده عن العمل وذلك بتاريخ 1948/10/17 بالإضافة إلى أنه قد تقدمت ضده عدة شكاوى لمسائل تمس الاعتبار، إلا أن الضابط قد شفي من مرضه وعاد إلى عمله، فقام وزير الداخلية بإصدار قرار بإحالته إلى المعاش في 1948/12/25 كما أن الشكاوى التي قدمت ضده قد حفظت لعدم توافر

---

1 – قرار الغرفة الإدارية على مستوى المحكمة العليا رقم 57024، في 1989/01/14، نشرة القضاة، العدد 54، 1999، وزارة العدل، الجزائر، ص 178.

الدليل الكافي، فقضى مجلس الدولة بإلغاء قرار وزير الداخلية بالإحالة إلى المعاش، والسبب أن هذا القرار لم يكن يقوم على أسباب لها وجود مادي في الواقع وقت صدوره، فجاء بذلك خاطئا ومخالفا للقانون"[1].

فالسلطة التقديرية للإدارة في إصدار القرارات الإدارية، لا يفهم منها اعتبار القرارات الإدارية الصادرة منها سليمة في كل الأحوال، فقد صدر قرار لمجلس الدولة المصري يقضي بأنه: "إذا أصدرت جهة الإدارة على المدعى قرارا إداريا أدى إلى تجاوزه في الترقية، دون أن تعين جهة الإدارة الأسباب التي استند عليها القرار، واستطاع الموظف تقديم قرائن تدل على أن تخطيه في الترقية لم يبني على أسباب صحيحة من القانون، فإن هي امتنعت عن الرد ولم تقدم الدلائل الكافية، فللمحكمة والحالة تلك أن تعتبر امتناعها هذا قرينة على صدور القرار على أسباب غير صحيحة من القانون، وتصدر حكما بإلغاء القرار لأنه مخالف للقانون"[2].

وعليه فإن الإدارة ليس لها سلطة تقديرية مطلقة فيما يتعلق بصحة الوقائع والأسباب التي تستند عليها في إصدار قراراتها [3]، إذ ليس لها أن تدعى وقائع ليس لها وجود مادي على أرض الواقع، وانطلق القاضي الإداري من تلك الرقابة على الوجود المادي للوقائع التي تدعيها جهة الإدارة، إلى إضافة دور جديد له؛ وهو مراقبة الوقائع، فإنه إذا كانت الإدارة تستقل بوزن مناسبات قرارها وبتقدير

[1] – أنظر: قرار مجلس الدولة، القضية رقم،79، في 1949/02/24، السنة الثانية قضائية، ص 185.

[2] – أنظر: قرار مجلس الدولة، القضية رقم،525، في 1953/06/16، السنة السادسة قضائية، ص 1582.

[3] – أنظر: د. السيد محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص127.

ملائمة أو عدم ملائمة إصدارها له دون أن يكون للقاضي أن يعقب عليها في ذلك، إلا أنها تكون ملزمة بأن تستند في قرارها إلى وقائع صحيحة مؤدية إلى النتيجة التي انتهت إليها[1].

كذلك الحال في مصر فقد استقر القضاء الإداري المصري على أن أساس الرقابة على ماديات الوقائع التي تتذرع بها جهة الإدارة يرجع إلى افتراض أن لهذه القرارات سببا دفع الإدارة إلى إصدار القرار الإداري بموجبه، وأن هذا السبب فضلا عن ذلك يجب أن يكون حقيقيا وصحيحا، وإلا عدت القرارات التي صدرت بناء عليه مشوبة بالبطلان جديرة بإلغاء لفقدها لركن السبب ،وهذا ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري بقولها "حيث أن الإدارة يجب عليها إذا أرادت أن تتخذ قرار أن تلتزم دائما بضرورة الاستناد إلى سبب يحمل قرارها أو أنه من المفروض في كل قرار حتى ولو صدر خالي من ذكر أسبابه، أن يكون مستندا في الواقع إلى دواعي قامت لدى الإدارة حين أصدرته، وإلا عدا القرار باطلا لفقدانه ركنا أساسيا وهو سبب وجوده ومبررا صادر..."[2].

وكذلك أيدت المحكمة الإدارية العليا تلك الفكرة وهي بصدد تبريرها للرقابة على ماديات للوقائع حيث قضت بقولها "أن القرار الإداري سواء كان لازما تسببه كإجراء شكلا أو لم يكن هذا السبب لازما، يجب أن يقوم على سبب يدبره صدقا

---

1 – د. رأفت فودة، أصول وفلسفة قضاء الإلغاء، دار النهضة العربية، 2011، مصر، ص 638.

2 – أنظر: حكم محكمة القضاء الإداري، القضية رقم 176، في 1952/02/19، المجموعة الثالثة، ص 683.

وحقا أي في الواقع أو القانون، وذلك كركن من أركان انعقاده، باعتبار القرار تصرفا قانونيا ولا يقوم أي تصرف قانوني بغير سبب يبرره"[1].

واستقر القضاء الإداري في الجزائر على أن الرقابة على الوجود المادي للسبب، سواء كانت سلطة الإدارة بصدده مقيدة أو تقديرية، فيكون القرار موسوما بعيب السبب وقابلا للإلغاء، إذا ثبت أن الإدارة قد استندت في تبريره إلى وقائع غير صحيحة من الناحية المادية.

واشترط القضاء لصحة الوقائع التي تعتمد عليها الإدارة في إصدار قرارها، أن تكون محققة الوجود وقائمة حتى تاريخ صدور القرار الإداري، فيجب أن تكون الوقائع التي استندت إليها الإدارة في إصدار قرارها قد وقعت فعلا، وبمعنى آخر أن يكون سبب القرار صحيحا من الناحية المادية والواقعية، وإلا كان القرار معيبا وبالتالي مشوبا بالبطلان، وهذا ما أكده قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى سنة 1988 بقوله: "من المبادئ المستقر عليها في القانون الإداري أن القرارات الإدارية تتخذ بناء على اعتبارات قانونية، وليس على اعتبارات متعلقة بالواقع، ومن ثم فإن المقرر المطعون فيه والمبني أساسا على ردود الفعل، والذي سحب المقررين السابقين الذين أكسبا حقوقا للطاعنين يعد مشوبا بعيب تجاوز السلطة"[2].

[1] – أنظر: حكم محكمة الإدارية العليا، القضية رقم 1738، في 1956/2/8، السنة الثانية قضائية، ص 161.

[2] – قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى رقم 56705، في1988/10/22، المجلة القضائية، المحكمة العليا، 1992، الجزائر، ص. 143

وهذا ما قضى به كذلك مجلس الدولة الجزائري في قراره الصادر في 1999، في قضية والي ولاية تلمسان ضد (ب. م)، حيث مما جاء في نص القرار: "حيث أن الاستئناف يهدف إلى إلغاء القرار المستأنف فيه، والقضاء من جديد برفض دعوى المدعي الرامية إلى إلغاء القرار الولائي المتضمن عزله من المستثمرة الفلاحية.... ولكن حيث أن القرار الولائي موضوع الدعوى جاء غير معلل ومدعما بأدلة كافية، مما يجعله منعدم الأساس، وحيث أن الاستئناف غير مؤسس، يتعين بالتالي تأييد القرار المستأنف"[1].

وبناء على ما سبق نجد أن مجلس الدولة الجزائري قال بوجود عيب في السبب الذي أسست عليه الإدارة قرارها، وأن ما تدعيه الإدارة من وجود تحريات عميقة قامت بها مصالح الأمن والإدارة، لا أساس له من الصحة، مادامت هذه الأخيرة لم تحدد ما إذا كانت هناك شهادة لشهود عيان يثبتون تورط المستأنف عليه أثناء الثورة التحريرية في أفعال ضد الثورة، كما لم تحدد الإدارة من هي السلطة التي قامت بتلك التحريات، وما هي المحاضر المحررة من طرفها، وبهذا فإن كل المبررات والأسباب التي استندت عليها تكون منعدمة الأساس، ولا تصلح كسبب لإصدار القرار الإداري.

وكذلك من قرارات مجلس الدولة الجزائري لفكرة انعدام السبب القانوني، قراره الصادر سنة 2000، في قضية والي ولاية مستغانم ضد الجمعية المسمات

---

[1] – قرار مجلس الدولة رقم 407، في 1999/02/01، غير منشور، لحسن بن الشيخ أث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الأول، 2003، ص 25.

بمنتجي الحليب، ومما جاء في حيثياته: "وحيث أن قضاة الدرجة الأولى قد عللوا قرارهم بإلغاء المقرر المتخذ من الوالي، أنه كان مجردا من ذكر أي سبب، مما يؤدي إلى القول بأنه غير شرعي، وحيث بالفعل بالرجوع إلى المقرر موضوع الاستئناف لم يذكر ضمن طياته سبب اتخاذ قرار إلغاء مقرره حتى يتسنى للمستأنف عليه من الاطلاع عليه وإبداء ملاحظاته بشأنه، وهو الحق المكرس دستوريا وقانونيا باعتباره حقا من حقوق الدفاع، وحيث لما كان مقرر توقيف نشاط الجمعية لمدة ستة أشهر بمثابة جزاء صريح وقعه العارض في مواجهة الجمعية، كان عليه أن يسبب قراره حتى يتمكن المعنيون من الاطلاع المسبق على الأسباب المؤدية لتوقيع هذا الجزاء، وهذا مبدأ عام للقانون لا يمكن تجاهله"[1].

وأخيرا يشترط في الوقائع المادية لركن السبب أن تكون مشروعة وصحيحة قانونا وجدية، فإذا تبين أن الوقائع التي اعتمدت عليها الإدارة في إصدار قرارها هي وقائع غير صحيحة، كان قرارها غير صحيح ومشوب بالبطلان، لانتفاء السبب وعدم جدية الوقائع التي استندت إليها الإدارة من الناحية المادية [2].

ولقد جعلت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى هذا الشرط معتبرا، وأبطلت الكثير من القرارات الإدارية استنادا لعدم صحة وقائعها، حيث قضت في أحد

---

1 – قرار مجلس الدولة رقم 550، في 2000/01/31، غير منشور، لحسن بن الشيخ أث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الثاني، 2004، ص 193.

2 – انظر: أ. رياض عيسى، دعوى الإلغاء في الجزائر، مجلة كلية الحقوق، جامعة الكويت، العدد الرابع، 1989، الكويت، ص 81.

قراراتها: "متى اتخذت الإدارة قرارا معينا كان يتعين عليها التأكد من أن الشخص المعني به حيا غير متوفى، وأنه مالك بالانفراد لجميع الحقوق التي تناولها القرار، فإن القرار بوضع عقار تحت حماية الدولة تابع في جزئه لشخص متوفى يعتبر قرارا مشوبا بعيب تجاوز السلطة، لتعارضه مع حقوق تابعة للمالكين غير مذكورين صراحة به مما يستوجب البطلان"[1].

الفرع الثاني: دور القاضي الإداري في الرقابة على التكييف القانوني للوقائع التي ادعتها الإدارة والاستثناءات الواردة عليها.

يقصد بعملية التكييف القانوني؛ "إدراج واقعة قانونية داخل فكرة قانونية"[2]، وتعتبر الوقائع هي مدار كل منازعة، وتدور حولها الرقابة الموضوعية على القرار الإداري، لذلك فإنه من الضروري إعطاء الواقعة أو الوقائع الثابتة لدى رجل الإدارة، اسما أو عنوانا يحدد وصفها داخل نطاق القاعدة القانونية التي يراد تطبيقها [3]، أو أنه: "إلحاق حالة واقعية بمبدأ قانوني، وذلك بتصنيف هذه الواقعة وردها إلى الفئة القانونية التي تنطبق عليها"[4].

فالقاضي الإداري في فرنسا والجزائر ومصر، إضافة إلى الرقابة على الوجود المادي للوقائع التي تجعلها جهة الإدارة كأساس لقراراتها الإدارية، فقد

---

1 – قرار الغرفة الإدارية على مستوى المجلس الأعلى رقم 28561، في 1981/12/11، المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد الثالث، 1989، الجزائر، ص 175.

2 - Vénezia, Le pouvoir discrétionnaire, Thèse, LGDJ, 1959, paris, p 25.

3 – انظر: د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، مرجع سابق، ص 354.

4 - Marie-Christine Rouault, Droit administratif.Gualino éditeur, Paris, 2001.P.269 .

وسع رقابته أيضا لتشمل الرقابة على التكييف القانوني لتلك الوقائع أو إنزال حكم القانون عليها.

ومعنى هذه الرقابة؛ أن القضاء الإداري لا يقف في رقابته على ركن السبب عند التحقيق من الوجود المادي للوقائع التي ادعتها جهة الإدارة، فإنه من الممكن وجود مثل تلك الوقائع وتكون ثابتة وصحيحة، وفي الوقت نفسه يكون القرار الصادر غير صحيح، وذلك عندما تخطيء الإدارة في إخضاع تلك الوقائع للتكييف القانوني الصحيح [1].

وبالتالي فبعد أن يتحقق القاضي من صحة قيام الواقعة ووجودها المادي، ينتقل إلى بحث صحة الوصف القانوني الذي أسبغ على هذه الواقعة، فيقوم القاضي بتجريد الحالة الواقعية والعمل على رفع الواقعة المادية الفردية إلى مستوى عمومية نص القانون، وذلك عن طريق إغفال كل العناصر عديمة الجدوى، وهكذا فإنه عن طريق تخصيص القاعدة القانونية وتجريد الواقعة المادية يمكن التوصل إلى قيام التطابق بينها؛ وهو بذلك يضع الواقع والقانون على صلة وهذا ما شجع القول بأن رقابة تحقق الوقائع تعد رقابة قانونية، وذلك لأنها تحل مشكلة قانونية[2].

وكان بداية رقابة مجلس الدولة الفرنسي على التكييف القانوني في مجال السلطة التقديرية للإدارة، حكمه في 04 أفريل1914، في قضية جومل " *Gomel*"،

---

[1] – د. زكي محمد النجار، موجز القضاء الإداري، دار الأزهر للطباعة، 2009، مصر، ص 196.

[2] – انظر: د. سامي جمال الدين، الدعاوى الإدارية، منشأة المعارف، الطبعة الثانية، 2003، مصر، ص. 263

حيث تتلخص حيثيات القرار في أن السيد *Gomel* تقدم بطلب له بالبناء في موقع على ميدان «*Beauvau*» في باريس، ولكن الإدارة رفضت طلبه تأسيسا على أنه يحق للمدير قانونا رفض التصريح بالبناء، إذا كان هذا البناء سوف يضر بمنطقة أثرية، إلا أنه رفع دعوى يطلب فيها إلغاء قرار الإدارة برفض التصريح له بالبناء وذلك لتجاوزه السلطة، وقد قرر المجلس إلغاء قرار الإدارة، لمّا تبين له من أن الواقع التي اعتمدت عليها الإدارة ليست صحيحة من الناحية القانونية، فالميدان المذكور لا يعتبر كله بمثابة موقع أثري، ومن ثم فإن الإدارة بعدم منحها هذا الترخيص، يعتبر تطبيقا خاطئا لما ورد بصريح القانون(1).

ومنذ حكم السيد *Gomel*، ومجلس الدولة الفرنسي يجري رقابة التكييف القانوني للوقائع، فكان القاضي الإداري في فرنسا يراقب بطريقة مستمرة، الطبيعة الفنية والجمالية للمنشآت التذكارية والمواقع والطابع اللاأخلاقي للأفلام، وما إذا كان أحد الأطباء حدد أتعابه بذوق ولياقة أم لا.... إلخ.

إلا أن مجلس الدولة الفرنسي في تحديده لشرعية التصرف لا يتخذ أسلوبا أو شكلا واحدا، بل تتعدد هذه الأشكال والأساليب تبعا لما قد يضعه المشرع من شروط وأوصاف للعمل الإداري، أو عدم وضعه لها، فقد تكون رقابة التكييف عند وجود نص قانوني يستلزم وصفا أو شرطا معينا في الوقائع، كقرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية السيد *Gomel* سالفة الذكر، والتي تعتبر نقطة تحول هامة في رقابة مجلس الدولة للإدارة، حيث اطردت أحكام المجلس في الكثير من

---

1 - C.E, 04 Avril 1914, Gomel, Rec. 488, V. Marceau Long., et Autres, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 12eme édition, Dalloz, Paris, 1999, p 168.

المسائل لتراقب الإدارة في صحة تكييفها للوقائع وإنزال حكم القانون عليها، وذلك في الحالات التي تفرض فيها القوانين العادية أو الفرعية شرطا أو وصفا معينا يجب أن يتوافر في الواقع لإنزال حكم القانون عليه، كوصف الخطأ بأنه وظيفي[1]، أو وصف المواد المنشورة بأنها إباحية[2]، أو وصف واقعة بأنها مخلة بالشرف، إلى غير ذلك من الأوصاف والشروط التي يتطلبها القانون في الواقعة لكي تكون سببا صحيحا للقرار، ففي كل تلك الحالات يراقب المجلس رقابة تكييف الوقائع التي تدعيها الإدارة[3].

كما أن هناك حكم آخر يوضح المدى الذي بلغه مجلس الدولة الفرنسي في هذه الرقابة، وهو المتعلق بقضية أفلام " *Lutetia* " حيث أصدر عمدة مدينة "نيس" الفرنسية، مجموعة من القرارات الإدارية التي منعت عرض بعض الأفلام السينمائية لما تحتويه من بعض المسائل التي تخالف القيم الأخلاقية، إلا أن الشركة مالكة هذه الأفلام قدمت طعنا في قرارات الإدارة على أساس خطأ الإدارة في تكييف هذه الأفلام على أساس أنها تحوي ما ينافي الأخلاق والقيم، لذلك فقد قام أعضاء المجلس بمشاهدة هذه الأفلام في عرض خاص بحضور أطراف النزاع وذلك للوقوف على مدى قانونية الادعاء الذي وصفته جهة الإدارة بمنافاة الأفلام للأخلاق والقيم[4].

---

[1]- C.E, 05 décembre 1951, Macon, Rec., 1951, p596.

[2] - C.E. 18 Dec 1959, société des films LUTETIA, Grands Arrêts, 8ème éd, 1984, p 485.

[3] – أنظر: د. يحي الجمل، رقابة مجلس الدولة الفرنسي على الغلط البين للإدارة في تكييف الوقائع، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، 1971، ص 405.

[4] - C.E. 18 Dec 1959, société des films LUTETIA, Grands Arrêts, 8ème éd, 1984, p 485.

وقد تكون رقابة التكييف عند عدم وجود النص القانوني الذي يتطلب وصفا معينا في الواقع، ولكن لابد أن يوجد سبب، وتختلف هذه الحالة عن سابقتها في أن القانون لم يشترط وصفا معينا للوقائع التي ادعتها جهة الإدارة، وإنما ترك للقاضي مجالا لتفسير نية المشرع، مؤسسا ذلك على الأسباب التي يتعين أن يقوم عليها القرار الإداري [1]،

ومن ذلك أن المجالس البلدية في فرنسا، كان لا يجوز حلها إلا بقرار مسبب يتخذه مجلس الوزراء، ولكن المشرع لم يحدد الأسباب التي يجوز بناء عليها الحل، كما أن مجلس الدولة لم يشأ أن يترك هذا الاختصاص مطلق للسلطة التقديرية للإدارة، وانطلاقا من المصلحة العليا استطاع أن يقرر أن هذا الحل لا يكون صحيحا ومشروعا إلا بقدر ما يؤدي إلى حسن سير الإدارة ، كما أن عجز المجلس عن العمل ووجوده في حالة شلل يكون سببا لإنهائه وحله [2].

وقد تكون أيضا رقابة التكييف عند عدم وجود نص يطلب شرطا معينا في الوقائع، ولا يتطلب أيضا أن يكون هناك سبب، فيكون دور القاضي الإداري في هذه الحالة أن يراقب التكييف القانوني للوقائع التي ادعتها جهة الإدارة، ولكن دون أن يحدد السبب الذي ينبغي أن يؤسس عليه القرار الإداري، ومثال ذلك في مجال النشر والإعلانات سواء كانت صحف أو مجالات، فيجوز لوزير الداخلية أن يمنع بيع هذه المجلات والجرائد والإعلان عنها لصغار وللأشخاص الذين تقل أعمارهم عن ثماني عشرة سنة، وذلك عندما يثبت مخالفة تلك الوسائل فيما

---

1 – د. محمود سلامة جبر، مرجع سابق، ص 55.

2 - C.E, 15 Mars 1939, Dubin, R.D.P, 1939, p 341 .

تحتويه للأخلاق والأداب العامة، فيقوم مجلس الدولة في كل حالة يمارس الوزير فيها هذه السلطة، بالبحث في مدى توافر صفة الإباحية في ما ينشر في هذه الجرائد، ومن تطبيقاته في هذا الشأن نجد قراره في قضية" *Thibault*" عام 1956، حيث حظر وزير الداخلية عرض وبيع إحدى المجالات بناء على السلطة المخولة له، فقام المجلس بالتحقيق في مدى انطباق وصف الإباحية على المواد التي نشرتها تلك المجلة وخاصة في معالجتها لمسائل العلاقات وبالأخص الجنسية منها، وانتهى إلى إقرار مسلك الإدارة وصحت ما توصل إليه وزير الداخلية، بسبب ثبوت احتواء تلك المجلة على مواد مخالفة للآداب، وقيامها بتناول العلاقات الجنسية التي تتم بين الشواذ[1].

وبناء عليه نلاحظ أن مجلس الدولة الفرنسي يقتصر دوره في هذه الرقابة على مجرد الوقوف على معرفة الغرض بصورة عامة، أو الجوانب المتعددة لهذا الغرض، دون أن يلزم نفسه في تحديد الوقائع المبررة للقرار الإداري، ثم يتحول بعدها للبحث فيما ادعته جهة الإدارة لذاتها من وقائع وأسباب لها طبيعة مبررة للقرار الصادر عنها، أو طبيعة تؤدي بهذا القرار إلى تحقيق أي جانب من جوانب الغرض الغير محدد بشكل دقيق وكاف [2]، كالتراخيص المتعلقة بالتجارة الخارجية مثلا، فهو أمر يدخل في سلطة الإدارة التقديرية، وذلك بسبب أن هذا الإجراء قد ينطوي على العديد من الأهداف، منها ما يتعلق بالمحافظة على

[1] - C.E, 5 Décembre 1956, Thibault, p 20.

[2] - أنظر: د. رمضان بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية وموقف مجلس الدولة المصري منها، دار النهضة العربية،1994، مصر، ص 353.

الميزان التجاري داخل الدولة، ومنها ما يتعلق بحماية الإنتاج والاقتصاد الوطني، وبالنظر لمرونة هذه الأغراض وعدم دقتها ووضوحها، فإن القاضي لا يستطيع مسبقا أن يحدد الأسباب التي يجب أن يقوم عليها قرار الإدارة في هذا الشأن، فيترك للإدارة تحديد المبررات التي أصدرت قرارها بمناسبتها، ثم يراقب تلك المبررات ومدى تحقيقها لجانب من تلك الجوانب المتعددة، وإلا واجه قرارها بعدم المشروعية، للانحراف في استعمال السلطة[1].

ولقد تبنى القضاء الإداري في الجزائر [2] هذه الرقابة على مدى صحة التكييف القانوني لهذه الوقائع، وذلك في معظم الحالات التي تخضع فيها سلطة الإدارة عند اتخاذ قرار معين إلى ضرورة توافر شروط واقعية معينة ينص عليها القانون، فيحق للقاضي الإداري في هذه الحالة أن يراقب إلى جانب الوجود المادي لهذه الوقائع، التكييف القانوني الذي تعطيه الإدارة لهذه الوقائع، وذلك ليتحقق من أنها تندرج فعلا داخل إطار الفكرة القانونية التي تضمنها النص.

ومن تطبيقات الرقابة على التكييف القانوني للوقائع في القضاء الإداري الجزائري، نجد أن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى، أو على مستوى المحكمة

---

[1] – د. السيد محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 353.

[2] – في الحقيقة؛ إن القضاء الإداري الجزائري وبعد استقراء لمجموعة كبيرة من قراراته، نجده لا يهمه كثيرا البحث في تأصيل السند أو العيب الذي استخلص منه نتيجة حكمه على وجه التدقيق، وإنما يكتفي بالحكم على إلغاء القرار متى رأى داع وسبب قانوني لذلك، اعتمادا على تجاوز السلطة في الغالب، أو على انعدام الأساس القانوني في أحيان أخرى، كما نجده في غالب الأحيان يدرج عيب السبب ضمن مخالفة القانون، دون التطرق لنوع العيب على وجه التدقيق، مما يصعب على الباحث معرفة وجه الاستدلال، وعلى الفرد معرفة كيفية الدفاع على حقوقه متى تجاوزتها السلطات الإدارة.

العليا لاحقا، ألغت عددا من القرارات الإدارية لعدم صحة التكييف القانوني للوقائع التي استندت عليها الإدارة، كالقرار الصادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا سنة 1989، والذي جاء في حيثياته: "... من المقرر قانونا أن حالات منع المنح، أو سحب رخصة الاستغلال مقررة قانونا وعلى سبيل الحصر، ومن ثم فإن المقرر المتضمن سحب رخصة مخزن مشروبات من الفئة الثانية دون الاعتماد على أي حالة من الحالات المنصوص عليها قانونا يعد منعدم الأساس القانوني ... وحيث أنه وبخصوص هذه القضية، وعلى ضوء واقع التشريع الحالي المتعلق بمخازن المشروبات

والمناطق المحمية، ولا سيما المرسوم رقم 75–60 لسنة 1975[1]، في مادته الأولى والثانية فإن مجاورة مقر قسمة جبهة التحرير الوطني لا يدخل ضمن حالات منع منح الرخصة، أو سحب رخصة الاستغلال المحددة قانونا وعلى سبيل الحصر، فالقرار المتخذ بسحب الرخصة كان على أساس الخطأ في التكييف القانوني للوقائع، والتي لا تدخل ضمن الحالات المنصوص عليها قانونا، ومتى كان كذلك استوجب إبطال المقرر المطعون فيه" [2].

وأيضا في قضية مماثلة وهي للسيد تومارون " *THOMARON* "، والذي تتلخص وقائعها في ": أن محافظ الجزائر أصدر قراراً بتأميم أملاك السيد

---

[1] – المرسوم رقم 75–59، المؤرخ في 17 ربيع الثاني عام 1395 الموافق 29 أبريل سنة 1975، المتعلق بالتنظيم الإداري لمحلات بيع المشروبات، الجريدة الرسمية، العدد 36، لسنة 1975.

[2] – قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا رقم 52661، في 1989/02/25، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1991، الجزائر، ص 156.

تومارون، وذلك تطبيقا للمرسوم [1] الصادر في سنة 1963 والمتعلق بتأميم الاستغلاليات الزراعية العائدة للأجانب، إلا أن الأملاك هنا في قضية الحال مخصصة للاستعمال السكني، وبناء عليه ألغى المجلس الأعلى قرار محافظ الجزائر لوجود خطأ في التكييف القانوني للوقائع [2].

كذلك استقر قضاء الغرفة الإدارية بالمحكمة العيا على إلغاء كل القرارات الإدارية المشوبة بخطأ في التكييف القانوني، ونذكر منها قرارها الصادر سنة 1989، في قضية ضد السيد والي ولاية تيزي وزو جاء فيها: "من المقرر قانونا أن نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية يعود للأشخاص العامة المعنوية ومختلف الهيئات، في إطار إنجاز عمليات معينة طبقا لما هو محدد فيهما لأجل المنفعة العمومية، ومن ثم فإن هذه الطريقة في اكتساب العقارات أو الحقوق العينية العقارية لا تستخدم إلا في فائدة الكيانات القانونية الأنفة الذكر وليس لصالح هيئات المداولة بها...ولما كان ثابتا في قضية الحال أن قرار والي ولاية تيزي وزو نص على أن المستفيد من إجراء نزع الملكية هو المجلس الشعبي البلدي

---

[1] – المرسوم رقم 63–388، المؤرخ في 12 جمادى الأولى 1383 الموافق 01 أكتوبر 1963، المتضمن إدراج الاستغلالات الفلاحية التابعة لبعض الأشخاص الطبيعية والمعنوية الأجنبية ضمن أملاك الدولة، الجريدة الرسمية، العدد 73، لسنة 1963.

[2] - H.Bouchahda, R.Khelloufi, Recueil d'arrêts jurisprudence administrative. Office publications Universitaire. Alger, 1979.P.9.

وهو هيئة تداولية، فإن بالنص على استفادة مقررة لصالحها خطأ قانوني...ولما كان كذلك استوجب إبطال القرار المطعون فيه بالبطلان[1].

ولكن رقابة التكييف القانوني للوقائع التي قام بها القضاء الإداري الجزائري عمليا والتي نجدها في كثير من قراراته، لم ينص عليها صراحة في أحكامه، شأنها شأن عيوب القرار الإداري [2].

وإذا كان القضاءالإداري في فرنسا والجزائر ومصر قد استقر على رقابة القرارات الإدارية عند تكييفها القانوني، فقد أورد استثناءات وامتنع عن إجراء رقابة التكييف القانوني للوقائع، وقصر رقابته على الوجود المادي للوقائع، وذلك لاعتبارات فرضتها الطبيعة الخاصة لتلك القرارات، وبالتالي فقد تعددت الحالات التي أخرجها مجلس الدولة الفرنسي من الخضوع للرقابة على التكييف القانوني للوقائع ومنها:

أولا: القرارات المتعلقة بإجراءات الضبط الإداري الخاصة بالأجانب.

فنجد أن مجلس الدولة الفرنسي لم يتناول إجراءات الضبط الإداري الخاصة بالأجانب من حيث الرقابة إلا على الوجود المادي للوقائع، وذلك بمناسبة دخول الأجانب إلى الأراضي الفرنسية وتقييد إقامتهم [3]، وكذلك القرارات الخاصة بمنع

1 – قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا رقم 37404، في 1989/12/29، المجلة القضائية، العدد الأول، 1990، الجزائر، ص 206.

2 – د. عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص. 559

3 - C.E, 12 juin 1953, Dama de saitch-Tichgorsky, Rec., p 281.

الدعاية وتوزيع وبيع الصحف والمحررات الأخرى التي تصدر من أجنبي على الأراضي الفرنسية [1]، وكذلك القرارات الخاصة بعدم الترخيص للأجنبي بممارسة الأعمال التجارية داخل فرنسا [2].

وسار مجلس الدولة الفرنسي على نفس الموقف من الرقابة على قرارات الإدارة عند رفضها استصدار جواز سفر للمواطنين الفرنسيين، وتعليله لذلك بأن السلطة المختصة هي التي تقدر ما إذا كان سفر الفرنسي إلى خارج البلاد سيضر بالأمن العام أم لا، وعلى هذا الأساس لها أن توافق على إصدار جواز السفر أم لا، وليس لمجلس الدولة هنا إلا أن يبحث من خلال أوراق الملف ما إذا كان القرار المطعون فيه قد أقيم على أساس صحيح لوقائع موجودة أو منعدمة[3].

وذهبت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في الجزائر إلى قرار مماثل سنة 1984[4]، حيث جاء في حيثياته ما يلي: "... متى كان من المقرر قانونا أنه يجوز للإدارة رفض تسليم جواز سفر أو رفض تمديد أجله للمواطنين الجزائريين، إذا ما رأت أن تنقلهم إلى الخارج من شأنه أن يمس بالنظام العام، وهذا دون أن

1- حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1963/11/24، في القضية رقم 1695، لسنة 6ق، مجموعة أبو شادي، ص 463.

2- حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 8178 لسنة 50 ق عليا، جلسة 2007/02/24، ص 396، سبق ذكره.

3 -

4 – قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا رقم 38541، الصادر في 1984/12/29، المجلة القضائية، العدد الثاني، المحكمة العليا، 1991، الجزائر، ص 156.

تكون ملزمة بتوضيح أسباب رفضها، ودون أن يكون تقديرها هذا قابلا للمناقشة أمام قاضي تجاوز السلطة...".

وفي مصدر استقر القضاء الإداري على عدم نظره للمسائل التي تتعلق بدخول الأجانب إلى البلاد وإقامتهم فيها، طالما أنها بنيت على أسباب صحيحة، وصدرت من سلطة مختصة بإصدارها ووفق ما نص عليه القانون، فقد حكمت المحكمة الإدارية في هذا المعنى بقولها: "أن الصلة في إقامة الأجنبي بإقليم الدولة، وفي حق الدولة في إبعاده، هو أن الدولة إذا ما سمحت للأجنبي بالدخول إلى إقليمها، وكان من حقه أن يتمتع خلال المدة المصرح له بها بالإقامة والتنقل، غير أن هذا الحق يرد عليه قيد أساسي، وهو مستمد من حق الدولة في البقاء والمحافظة على كيانها، وهو الحق الذي يخول الدولة سلطة إبعاد كل أجنبي يهدد سلامتها، وبالرغم من عدم انقضاء مدة الإقامة المصرح بها[1].

كما استقر مجلس الدولة المصري على أن قرارات الترخيص بالسفر من عدمها للمصريين خارج البلاد، هو من الأمور التي تدخل في صميم السلطة التقديرية لجهة الإدارة، متى كانت متفقة مع المصلحة العامة، وفي هذا المعنى ذهبت المحكمة الإدارية العليا بقولها : "أن الدولة بمالها من سيادة على رعاياها؛ فإن لها الحق في مراقبة سلوكهم داخل البلاد وخارجها، للتثبيت من التزامهم بالقيم الأخلاقية، وذلك حتى تتمكن من اتخاذ الإجراءات التي تحول دون انحرافهم أو

---

[1] – حكم المحكمة الإدارية العليا رقم 1679، الصادر في 1956/8/4، السنة الثانية قضائية، مجموعة أبو شادي، ص 100.

الإساءة إلى سمعة بلادهم، وأنه إذا كانت حرية التنقل داخل البلاد وخارجها أمرا مسلما به فينبغي التسليم بأن هذه الحرية تجد حدها الطبيعي في ألا تتحول تلك الممارسة إلى الإساءة إلى سمعة المجتمع المصري بأسره، ويتعين تقييدها بما يتفق ومصلحة البلاد، فاذا ما رأت السلطة المختصة أنه لا سبيل إلى تقويم سلوك الطاعنة والحد من تصرفاتها المشينة خارج البلاد إلا بمنعها من السفر إلى الخارج، وكان تقديرها في ذلك قائما على أسباب مبررة، فلا تثريب عليها أن هي أصدرت قرارها بمنعها من السفر إلى الخارج[1].

ثانيا: القرارات المتعلقة بالوظيفة العامومية

مما لا شك فيه أن مجلس الدولة سواء في فرنسا أو الجزائر ومصر يراقب القرارات الصادرة عن الإدارة، والمتعلقة بالوظيفة العامة سواء من ناحية الوجود المادي للوقائع، أو التكييف القانوني لها، إلا أننا نجده قد استثنى من ذلك عدة مسائل لم يتطرق فيها إلا للرقابة على الوجود المادي للوقائع فقط ومثالها؛ حالة الالتحاق بالوظيفة العامة، حيث نجد أن طريقة الالتحاق بالوظيفة العامة في فرنسا تتم عن طريق التقدم إلى المسابقة التي تجريها الإدارة لهذا الغرض، ويشترط للالتحاق بها أن يتوافر في الشخص الشروط القانونية التي تتطلبها المسابقة، ولكن ذلك لا يعني أنه بمجرد توافر تلك الشروط في الشخص المتقدم للمسابقة، فسيكون هناك التزام على عاتق الإدارة بإدراجه في كشف المتسابقين،

[1] – حكم المحكمة الإدارية العليا رقم 39193، الصادر في 28 مارس 1994، لسنة الثامنة عشر قضائية، مجموعة أبو شادي، الطبعة الثالثة، مصر، ص 10.

إذ تتمتع الإدارة هنا فالسلطة تقديرية الممنوحة للإدارة في هذا المجال، تجعلها تبحث عن توافر الضمانات اللازمة لحسن أداء وسير تلك الوظيفة في المتقدم إليها، وبالتالي فليس على الإدارة هنا متابع ومعقب إذا هي استندت على وقائع موجودة بالفعل، ولا يتطرق القاضي في هذه الحالة لبحث التكييف القانوني لتلك الوقائع[1].

وفي مصر نجد نفس الأمر، حيث أن التعيين في الوظائف العامة متروك لجهة الإدارة، كما أن لها حرية اختيار الشخص الأكثر ملائمة، وان كان أقل كفاءة من أقرانه، على أساس أن الإدارة هي المسؤولة والأمينة على حسن سير المرافق العامة على أكمل وجه، إلا أنها تبقى مقيدة بضرورة توافر الشروط التي نص عليها القانون، وإلا عدا عملها مخالفا للقانون [2].

وفي هذا المجال ذهبت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها إلى: "أن درجة الكفاءة هي إحدى النواحي التي تقدرها جهة الإدارة عند التعيين، ولكنها لا تستغرق كل ما تطلبه فيمن يصلح للوظيفة العامة من شروط وأوضاع، فإلى جانب هذه النتيجة تستلزم الإدارة نواحي أخرى كالحالة الاجتماعية والجنس وظروف البيئة وأحكام العرف التي لا رقابة عليه، مادام تقديرها بعيدا عن الانحراف بالسلطة [3].

---

1 - Dominique Lagasse, L'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif: Essai sur les limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration,1986, P.319.

2 – أنظر: د. رمضان بطيخ، مرجع سابق، ص 131.

3 – حكم المحكمة الإدارية العليا رقم 2536، الصادر في 1963/3/31، السنة السادسة قضائية، مجموعة أبو شادي، ص686.

ثالثا: القرارات المتعلقة بمسائل فنية وعلمية

امتنع مجلس الدولة في فرنسا عن إجراء الرقابة على التكييف القانوني للوقائع التي ادعتها جهة الإدارة إذا كانت تتعلق بمسألة فنية أو علمية، وذلك بسب أن القضاءيجد نفسه إزاء طابعها العلمي البحت، عاجزا عن مباشرة الرقابة بنفسه دون الاستعانة برأي أهل الاختصاص ممن لهم الخبرة الكافية للوقوف على حقيقتها، الأمر الذي جعلها تخضع لتقدير جهة الإدارة بما لها من إمكانيات وقدرات تمكنها من القيام بتلك المهمة[1]، ولذلك يفضل الفقهاء عدم قيام القضاء بالرقابة على تكييف الإدارة للوقائع في خصوص هذا النوع من القرارات، بدلا من التظاهر بممارسة هذه الرقابة مع أن دوره في هذه الحالة من الناحية الفعلية سيقتصر على مجرد اعتماد رأي الخبراء العلميين فقط[2].

وتطبيقا لذلك امتنع مجلس الدولة الفرنسي عن رقابة التكييف القانوني لرفض لجنة القراء بمسرح "الكوميدي" عرض مسرحية أدبية، وذلك لأن مثل هذه الأعمال تدخل في اختصاص السلطة التقديرية لجهة الإدارة، وذلك لما لها من مسائل فنية تكون الإدارة أقدر في بحثها من القاضي الإداري [3].

---

1 – أنظر: د. رمضان بطيخ، مرجع سابق، ص 131.

2 – د. خليفة عبد العزيز، أوجه الطعن بإلغاء القرار الإداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة، دار الفكر الجامعي، 2002، مصر، ص 239.

3 - C.E, 19 Janvier 1954, Rec, p 118.

المطلب الثاني: الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة

إن رقابة القاضي الإداري على ممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية لم تقف عند حد الرقابة على الوجود المادي للوقائع التي ادعتها الإدارة لقرارها الإداري، ولا الرقابة على التكييف القانوني لتلك الوقائع فحسب، بل مارس نوعا حديثا من الرقابة هدفه التضييق من حدود السلطة التقديرية للإدارة وعدم الإفراط في استخدامها، والقول بأن يترك للإدارة سلطة إدارية مطلقة في تقدير الوقائع دون رقابةعليها،على أساس أنها الأقدر على القيام بهذه المهمة، وأن القاضي الإداري يجانبه التوفيق في بعض حالات التقدير، فهو قول يحتاج لتمحيص علمي دقيق، إذ أن النظر في تقدير الوقائع وأهميتها وخطورتها، ليست بالأمر المستعصي على القاضي الإداري الخبير والمتمرس في رقابة سلوك الإدارة وتصرفاتها، بل قد يكون مساندا ومعاونا لها في ذلك وهذا من جهة، ومن جهة أخرى عند تقدير الإدارة للوقائع وتجاوزها الحد المعقول- الذي يصبح فيه الخطأ بيّن وواضح- يصبح الأمر سهلا إدراكه للإنسان العاقل، فما بالك بهذا القاضي الخبير، فرجل الإدارة والقاضي كلاهما يعيش في مجتمع واحد، ناهيك عن الصلات الخاصة والمتميزة بين السلطة الإدارية والقضاء[1].

كما أن المشرع نجده أحيانا لا يحدد للسلطة الإدارية الأثر الذي يجب أن يرتبه القرار الإداري الذي ستصدره، مكتفيا بتحديد الغاية أو الهدف من القرار الإداري، وفي هذه الحالة تستطيع الإدارة أن تحدد بحرية محل القرار الذي منحها

---

[1] – أنظر: د.زكي محمد النجار، المرجع السابق، ص 69.

القانون حق إصداره، على أساس أن كل الحلول التي يمكن أن تختارها السلطة الإدارية تعد جائزة ومشروعة.

فالقانون إذا قرّر مثلا أن للإدارة سلطة اتخاذ الإجراءات اللازمة لحماية الآداب العامة، إذا ما تعرضت لأي تهديد، فهذا يعني إذن أن القانون ترك للإدارة سلطة تقديرية كاملة في ترتيب الآثار القانونية الكفيلة بحماية الآداب العامة من أي تهديد أو اعتداء [1].

لذلك فقد فظهرت طرق وأساليب جديدة للرقابة القضائية على السلطة التقديرية، يعود فضل خلقها وإيجادها لمجلس الدولة الفرنسي، والتي تحولت واستقرت فيما بعد على شكل مبادئ قانونية عامة في البناء القانوني.

وعملت هذه الأساليب الجديدة على ألا يبقى المجلس مكتوف الأيدي تجاه السلطة التقديرية المتزايدة للإدارة، والتي إن تركت على إطلاقها قد تؤدي بها إلى سلطة تحكمية استبدادية، وبناء عليه ولمواجهة تكييف الإدارة وتقديرها للوقائع- واللذان يخرجان ويتحصنان في كثير من الأحيان ضد الرقابة القضائية-مستندة في ذلك على مبدأ الفصل بين السلطات، وفكرة السلطة الرئاسية، ابتدع القاضي الإداري بعض الطرق والأساليب للحد من سلطات الإدارة التقديرية، وإعادتها إلى نطاقها الطبيعي.

---

[1] - د. علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، الجزء الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية،2008، الأردن، ص 804.

فظهرت الرقابة التناسبية [1] للقرارات الصادرة من جهة الإدارة، والمتعلقة بسبب القرار ومحله، وبذلك أصبحت الملاءمة إحدى جوانب الرقابة القضائية على السلطة التقديرية بالإضافة للمشروعية [2].

وظهرت الرقابة على الغلط البين الذي يصيب القرار الإداري، وذلك لمواجهة الحالات التي أخرجها القضاء من نطاق رقابته على التكييف القانوني للوقائع. كما ابتدع القضاء الإداري نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار، والتي تتفق مع النظريات السابقة في أنها رقابة ملائمة، إلا أنها تعد درجة أشد في مجال هذه الرقابة، إذ يركن إليها القضاء الإداري في الحالات التي يصعب فيها رقابة الغلط البين، أو رقابة التناسب.

وعليه سأحاول بيان ذلك في الفروع التالية:

الفرع الأول: دور القاضي الإداري في الرقابة على تقدير أهمية وتناسب الوقائع التي ادعتها الإدارة "رقابة التناسبية".

الفرع الثاني: دور القاضي الإداري في الرقابة على الغلط البين للوقائع التي ادعتها الإدارة "الخطأ الظاهر في التقدير".

الفرع الثالث: دور القاضي الإداري في الرقابة على مسألة التوازن بين المنافع والأضرار.

---

[1] - C.E, 19 mai 1933, benjamin, Rec. 541, les grands arrêts, V. Marceau Long., et Autres, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 19eme édition, Dalloz, Paris, 2013, p 280.

[2] - Rouault, Marie-Christine, Droit administratif.Gualino éditeur, Paris, 2001, p 271.

الفرع الأول: دور القاضي الإداري في الرقابة على تقدير أهمية وتناسب الوقائع التي ادعتها الإدارة "رقابة التناسبية".

الصلة أن تقف رقابة القاضي الإداري على قرارات السلطة الإدارية، عند حد التحقق من الوجود المادي للوقائع التي اعتمدتها هذه السلطة أساسا لقراراتها، وصحة التكييف القانوني لهذه الوقائع، وأن يكون محل القرار غير مخالف للقانون، دون أن يتعدى ذلك إلى البحث في أهمية وخطورة السبب وتقدير مدى التناسب بينه وبين الإجراء المتخذ على أساسه؛ أي محل هذه القرار ومضمونه، لأن القاضي الإداري بذلك يكون قد خرج عن دور وظيفته وتتدخل في أصل العمل الإداري، ومن ثم يكون قد نصّب نفسه رئيسا على الجهة الإدارية [1].

ولذلك نجد أن مجلس الدولة الفرنسي منذ ممارسته للرقابة على الوقائع، اتجه إلى رفض الرقابة على خطورة الجزاء التأديبي ونسبته إلى الخطأ المرتكب، وذلك في الوظيفة العامة، واستقرت أحكامه على إقرار هذا المبدأ زمنا طويلا.

إلا أن التطور الذي تعرفه الحياة الإدارية والنظريات القضائية، دفع بمجلس الدولة الفرنسي إلى إعادة النظر في هذا المبدأ، بحيث اتجهت أحكامه تدريجيا نحو إقرار الرقابة على التناسب، التي أقرها المجلس نهائيا في قضية ليبون سنة 1978[2]، وتوالت بعده التطبيقات القضائية على نحو يمكن معه القول باستقرار مجلس الدولة الفرنسي على إقرار حقه في رقابة تقدير التناسب بين الخطأ

---

[1] – أنظر: د. محمد محمد عبد اللطيف، قانون القضاء الإداري، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، 2002، مصر، ص332.

[2] - C.E, section du 9 juin 1978, Lebon, rec. n° 05911, Publié au recueil Lebon 245.

والجزاء التأديبي المقرر له [1].

فامتد نطاق رقابته المجلس ليشمل مراجعة الإدارة في تقديرها لأهمية وخطورة كل من تلك الوقائع والإجراءات التي أسّست عليها قراراتها الإدارية، وذلك للوقوف على مدى التناسب والتلاؤم بينهم، وكانت البداية بمجال الضبط الإداري، وكان الأمر المساعد للمجلس في ذلك؛ أن حماية الحقوق والحريات العامة داخل المجتمع الفرنسي تتمتع بقدسية وأهمية خاصة تمنع الاعتداء عليها إلا للضرورة القصوى.

ثم بعد ذلك اتجه المجلس إلى مجال هام وحيوي وهو مجال التأديب في الوظيفة العامة، وجعل المجلس مقتضى هذا المبدأ أن القاضي الإداري الفرنسي لا يتعرض هنا لتقدير قرار الإدارة في ذاته، ولكنه يتعرض للظروف التي أحاطت به، فإذا ما تبين له أن تلك الظروف لا يمكن معها إجراء تقدير سليم تكون الإدارة هنا قد خرجت عن التزامها القانوني، بمعنى أن تضع الإدارة نفسها في أفضل الظروف والأحوال للقيام بهذا التقدير وان تجريه بروح موضوعية وبعيدا عن البواعث الشخصية، وبشرط أن تكون لديها العناصر اللازمة لإجرائه [2].

وفي سبيل البحث عن تبرير الرقابة المتقدمة التي يمارسها القاضي الإداري في تلك الحالات، هي أن رقابة التناسب بين محل القرار والظروف التي دفعت

---

[1] – د. محمد محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 332.

[2] – د. محمد محمد بدران، رقابة القضاء على أعمال الإدارة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 1985، مصر، ص 98.

إليه إنما تستند إلى مبدأ عام في القانون وهو "مبدأ التناسبية"، وأن القاضي وهو يمارس تلك الرقابة يظل في مجاله الأصيل وهو أنه قاضي مشروعية، لأن عمله حينئذ يتعلق بمدى مطابقة محل القرار لمبدأ عام في القانون وهو من مصادر المشروعية [1].

وانطلاقا مما سبق تناولت رقابة التناسبية في نقطتين على النحو التالي:

أولا: رقابة التناسب في مجال التأديب.

كان مجلس الدولة الفرنسي يرفض أن يبحث مدى التناسب بين العقوبة التأديبية والمخالفة التي يرتكبها الموظف، على أساس أن ذلك يعد من الملائمة الواجب تركها للجهة التأديبية، وأنه ليس للقاضي أن يقدر شدة الجزاء الموقع بالنسبة لخطورة المخالفة المرتكبة [2]، ولكنه سرعان ما عدل عن موقفه هذا في قضية السيد *Lebon* سنة 1978، حيث اعترف لنفسه برقابة التناسب بين العقوبة والمخالفة التي نسبت للموظف وان كان قد أسندها إلى فكرة الخطأ الظاهر في التقدير [3].

وتتلخص وقائع القضية ؛ في أن السيد *Lebon* رفع دعوى قضائية أمام المحكمة الإدارية بتولوز، طالبا إلغاء قرار إداري من رئيس أكاديمية تولوز

1– د. أحمد أحمد الموافي، بعض ملامح الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية، دار النهضة العربية، 2008، مصر، ص9.

2 - Voir : C.E, 29 octobre 1948, Sieur Maussac, Lebon, p 3970, et C.E, 11 séptembre 1952, Dam veuve Montluc, Lebon, p 378 .

3 - C.E, 9 juill 1978, Vinolay, Labon, p 315.

والصادر في 10 جويلية 1974، والمتعلق بإحالته على التقاعد دون طلب منه، وكانت مستندات الأكاديمية في إصدار هذا القرار هي ارتكاب المدعي لأفعال مخلة بالحياء مع تلميذاته في الفصل والثابتة من خلال التحقيق معه، وكان قرار مجلس الدولة عندما تم الطعن أمامه، أن الأفعال التي ارتكبها المدعي وقام عليها قرار إحالته على المعاش كافية لتبرير القرار، وأن تقدير الإدارة بشأنها لم يشبه غلط بيّن[1].

وهذا التطور في قضاء مجلس الدولة الفرنسي تثبّت بعدها في قضية *Vinolay* سنة 1978، وكان تدخل المجلس إيجابي بأن ألغى ولأول مرة الجزاء التأديبي الموقع على مدير بغرفة الزراعة، وذلك لعدم تناسبه والمخالفة المرتكبة [2].

ثم توالت بعدها قرارات مجلس الدولة الفرنسي المتعلقة برقابته للإدارة وهي بصدد توقيعها للعقوبات التأديبية على موظفها، ومدى وجود تناسب بين تلك العقوبات وحجم الجرم الذي ارتكبه الموظف [3].

وقد سار القضاء الإداري في مصر في البداية على نهج مجلس الدولة الفرنسي نفسه فقد كانت أحكامه مستقرة على أن السلطات التأديبية تستقل في

---

1 - André De laubadére, Yves Gaudemet, Traité droit administratif. Tome 01, L.G.D.J, 16eme édition, Paris, 1999, P 584.

2 - C.E, 9 juill 1978, Vinolay, Labon, p 315, Voir : Jacqueline Morand-Devili, Cours de droit administratif, Montchrestien, 6eme édition, Paris, 1999, P.283.

3 - Françoise Tiphine, Le Pouvoir disciplinaire de l'administration, paris, 1998, p 113.

تقدير الجزاء الذي يستحقه الموظف، وبلا معقب عليها في ذلك ما دامت تلك السلطات لم تخالف القوانين والأنظمة [1].

إلا أن القضاء الإداري المصري قد تراجع عن هذا المسلك، وكان سباقا لمجلس الدولة الفرنسي، بأن قررت المحكمة الإدارية العليا: "أن عدم الأخذ بمبدأ التناسب بين المخالفة التأديبية والجزاء الموقع على مرتكبها هي مخالفة تشوب القرار التأديبي، وتوجب إلغائه، استنادا لمقتضيات العدالة وإقامة التوازن بين اعتبارات الصالح العام وصالح الموظف، ومناط مشروعية السلطة التأديبية شأنها كشأن أية سلطة تقديرية أخرى، ألا يشوب استعمالها غلو، ومن صور هذا الغلو عدم الملائمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري وبين نوع الجزاء ومقداره، ومعيار عدم المشروعية هو معيار موضوعي قوامه أن درجة خطورة الذنب الإداري لا تتناسب البتة مع نوع الجزاء ومقداره[2]، وأكدت المحكمة على أن الغلو يتحقق سواء كان عدم التناسب في العقوبة ناتجا عن الشدة أو المبالغة فيها، أو كان ناتجا عن التهاون في العقوبة[3].

---

[1] – حكم محكمة القضاء الإداري رقم 1097، في1953/05/07، لسنة السادسة قضائية، المجموعة السابعة، ص 1112.

[2] – حكم محكمة الإدارية العليا رقم 205، في1990/05/19، لسنة الخامسة والثلاثون قضائية، مبدأ رقم 170، ص 1774.

[3] – أنظر: د. محمد ميرغني خيري، المغالات في التساهل والتفريط، مجلة العلوم الإدارية، العدد الثاني، السنة السادسة عشر، 1974، مصر، ص 167.

إن مبدأ التناسب وإن كان لم يستقر بعد وتتضح الصورة بشأنه في القضاء الإداري الجزائري، إلا أننا نجد أن القاضي الإداري قد أخذ ببعض أحكام نظرية التناسب في مجال القرارات التأديبية أسوة بالقضاء الفرنسي والمصري فقد أكد مجلس الدولة الجزائري صراحة على ضرورة تناسب الجزاءات التأديبية مع الوقائع، وذلك في قراره بتاريخ 1999، حيث قال: " فإنه من الثابت فقها وقضاء أن رقابة القاضي الإداري لا تمتد إلى تقدير نسبة درجة العقاب المسلط، إلا إذا تبين له عدم التلازم الواضح بين نسبتي الخطأ والعقوبة، وهو أمر غير متحقق في قضية الحال بالنظر إلى خطورة الخطأ الثابت في حق المستأنف[1].

والقرار الصادر عن مجلس الدولة سنة 1998، والذي يتضمن عدم تناسب العقوبة التأديبية والضمانات التي منحها القانون للموظف، حيث أقر المجلس أن المجلس الأعلى للقضاء قد ارتكب خطأ صارخا في تقريره بتسليط العقوبة الأشد المنصوص عليها في النصوص المطبقة على المعني [2].

ثانيا: رقابة التناسب على قرارات الضبط الإداري

بدأ مجلس الدولة الفرنسي مع بداية القرن العشرين يوسع من نطاق رقابته على ممارسة الإدارة العامة لسلطات الضبط الإداري، وذلك بالبحث في مدى ضرورة الإجراء الضبطي الذي تتخذه الإدارة لحفظ النظام العام، ولتحقيق ذلك

---

1 - قرار مجلس الدولة، في 1999/07/26، غير منشور، فهرس رقم 371، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الأول، 2003، ص 183.

2 - قرار مجلس الدولة رقم 172994، في 1998/07/27، مجلة مجلس الدولة، العدد الأول، 2002، ص 83.

فإنه يفحص الظروف المحيطة بالإجراء الذي اتخذته الإدارة، بعد أن كان يسمح لها بسلطات تقديرية واسعة في ذلك المجال، دون أن يسمح لنفسه بحق إلغاء القرارات الصادرة منها في هذا الشأن.

ففي نطاق قرارات الإدارة المتعلقة بالضبط الإداري ونظرا لمساسها الشديد بحريات الأفراد فإن القضاء الإداري الفرنسي يكاد لا يعترف للإدارة بسلطة تقديرية في شأن تقييد حريات الأفراد، وإنما يخضعها القاضي غالبا لرقابته، ليحدد مدى الملائمة والتناسب بين شدة القرار الإداري وبين الوقائع المادية التي حدثت ودفعت الإدارة إلى اتخاذ هذا القرار للحد من ممارسة حرية من الحريات العامة ليتأكد أيضا من أن الظروف الواقعية كانت تمثلا إخلالا بالنظام العام مما جعل إجراء الإدارة ضروريا لدفع ذلك الخطر أو التهديد الحقيقي [1].

وقد صدر العديد من الأحكام الهامة لمجلس الدولة الفرنسي في هذا المجال تتضمن حماية قضائية رائعة لحقوق وحريات الأفراد في مواجهة سلطات الضبط الإداري[2]، ومنها قرار مجلس الدولة الفرنسي، والمتعلق بإلغاء القرار البلدي لمدينة ليون المؤرخ في 1971/8/4، والمتضمن منع الباعة الجائلين من البيع في غير اليوم المخصص للسوق الأسبوعي، إلا أن المحكمة الإدارية بمدينة ليون رأت وأيدها مجلس الدولة، أنه لا يوجد بأوراق الدعوى ما يثبت صحة ادعاء العمدة والتي مفادها احتياجات المرور، كما استشفت المحكمة من ظروف

---

1 - Voir, C.E, 14 Mai 1982, Assoc. International pour la conscience de Krisna, 31102, Lebo, p 179, C.E, 16 jan 1984, Sté. Eurybia, A.J.D.A, 1985, p 110.

2 – د. أحمد حافظ عطية نجم، السلطة التقديرية للإدارة ودعاوي الانحراف بالسلطة، مجلة العلوم الإدارية، العدد الأول، السنة الثالثة والعشرون، 1982، مصر، ص 208.

الدعوى أن الهدف الحقيقي من قرار العمدة هنا هو مجرد حماية مصالح تجار المنطقة، وبالتالي فالقرار يعتبر مشوبا بعيب الانحراف بالسلطة، مما يكون جديرا بالإلغاء، والحكم على البلدية بدفع تعويض لصالح المدعي[1].

ونجد أيضا حكمه بإلغاء قرار المحافظ برفض الاعتراف بشرعية إقامة السيدة "*Montcho* " في فرنسا وإلزامها بمغادرة البلاد، حيث رفعت المذكورة دعوى انحراف بالسلطة ضد قرار المحافظ مطالبه بإلغائه، وقد قضى مجلس الدولة بإلغاء قرار المحافظ استنادا على أن زوج الطاعنة فرنسي الجنسية ومقيم مع زوجته في فرنسا، وهو الوصي الشرعي على أطفالها القصر [2].

كذلك مد مجلس الدولة الفرنسي رقابته على قرارات الاستثناء من قواعد التخطيط العمراني، لترك فضاءات في مشروعات تقسيم الأراضي، أو افتراض اشتراطات معينة في البناء، فاشترط مجلس الدولة الفرنسي ليكون الاستثناء مشروعا ومحققا للمنفعة العامة، ألا تكون الأضرار الناجمة عنه لمنفعة التخطيط العمراني مفرطة بالنسبة للمنفعة التي يحققها الاستثناء [3].

وبالنسبة للقضاء الإداري المصري، فنجده قد اقتدى بنظيره الفرنسي وأخضع ملائمة القرارات المتصلة بالحريات العامة لرقابته، وإن كانت في البداية اقتصرت على قرارات الضبط الإداري الصادرة في الظروف الاستثنائية، حيث إن تعرض الدولة لظروف استثنائية تتميز بطابع الفجائية وعدم التوقع مثل حدوث

---

1 -C.E, 22 jan 1975. Vallon pont d'Arc, 91135, publié au recueil Lebon, et R.D.C.E, p 43.

2 - C.E, 11 juill 1980, Montcho, publié au recueil Lebon, et R.D.C.E, 1981, p 315 .

3 - C.E, Assemblée, 18 juill 1973, Ville de limoges, 86275, A.J.P.I, 1974, p 808.

فيضانات أو انقلاب عسكري، أو انتشار وباء معين يؤدي إلى حدوث تهديدا حقيقيا لكيان الدولة وآمنها، فكل هذا يبرر ولاشك أن يتسع نطاق المشروعية عن الحدود المعروفة في الظروف العادية، وتطبيقا لذلك قضت محكمة القضاء الإداري بقولها: "أن إجراءات الاعتقال وتحديد الإقامة يجب ألا يلجأ إليها إلا عند الضرورة القصوى التي يستعصى فيها اللجوء إلى إجراءات عادية، لما في ذلك من مساس بالحرية الشخصية، وأن يكون ذلك بالقدر الضروري اللازم للمحافظة على الأمن، ولا يتجاوز ذلك إلى غيره من الأغراض" [1].

وكذلك ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى إلغاء قرار الجامعة بحظر ارتداء الطالبات للنقاب، مؤكدة أن هذا المنع ينطوي على مساس بالحرية الشخصية، وتقييد للحرية العقائدية، ولا يمكن إباحته تحت ستار الحيطة من دخول عناصر دخيلة للجامعة وعدم التحايل، فهذه الضرورة تقدر بقدرها ويلزم مواجهتها بالقدر اللازم لسد الذرائع مثل؛ تكليف المنقبة بالكشف عن وجهها عند اللزوم أو وضع مختصة من بنات جنسها للتحقق منها، حيث لا مبرر لها للامتناع [2].

أما القاضي الإداري الجزائري فرغم إخضاعه ملاءمة القرارات التأديبية لرقابته إلا أنه امتنع عن مد هذه الرقابة إلى مجال الضبط الإداري، ولعلا

---

1 – حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم 1427، جلسة 1977/12/13، مجموعة السنة الحادية والثلاثون، ص 431.

2 – قرار المحكمة الإدارية العليا في الطعنين رقم 1315–1904، في 1989/07/01، ، نقلا عن الموقع الإلكتروني لمجلس الدولة المصري، http://news.ecs.eg، بتاريخ: 2015/05/25، الساعة 13:12 زوالا.

حساسية هذا النوع من القرارات وحداثة مجلس الدولة الجزائري، إضافة إلى الحقبة السوداء التي مرت بها الجزائر، كانت أسبابا في امتناع مجلس الدولة عن مد رقابته إلى هذا النوع من القرارات، فالقضاء الجزائري رغم تسليمه بالرقابة على الوجود المادي والتكييف القانوني للوقائع، إلا أنه يقف عند هذا الحد ولا يراقب مدى تناسب الإجراء الضبطي مع الظروف والملابسات الواقعية.فيما اطلعت عليه من قرارات قضائية.

الفرع الثاني: دور القاضي الإداري في الرقابة على الغلط البين للوقائع التي ادعتها الإدارة "الخطأ الظاهر في التقدير".

تناولنا فيما سبق الحالات التي امتنع فيها مجلس الدولة الفرنسي عن إجراء الرقابة على الوقائع من حيث تكييفها القانوني مكتفيا نحوها بالرقابة على وجودها المادي، إلا أن المجلس سرعان ما عدل عن هذا الاتجاه، بتطبيقيه لفكرة "الغلط البين" والتي أتاحت له الرقابة على الواقع التي ادعتها جهة الإدارة من الناحية القانونية معتمدة على فكرة الغلط البين، وهذا ما سأفصّله على النحو التالي:

– **ماهية الغلط البين:** تدخل الفقه الفرنسي بوضع العديد من التعريفات لفكرة الغلط البين، ويعد الفقيه "*Kronprobest*" أول من وضع تعريفا لهذه الفكرة بقوله: "أنها أداة تحليل تسمح برقابة أكثر فاعلية للتقديرات التي تقوم بها الإدارة في المسائل الفنية والدقيقة، وأنه يقع على وصف الوقائع وليتعلق بماديتها، وقد

ابتكرها القاضي الإداري لكي توسع من رقابته على وصف الوقائع، ولكي يراجع الإدارة في تقديراتها التي كانت تتهرب بها من الرقابة القضائية [1].

غير أن هذا التعريف يؤخذ عليه أنه تناول الغلط البين من جهة أثاره وموضعه في الرقابة، ولم يحدد مضمونه ولا خصائصه، ويذهب الفقيه "*Bribant*" إلى أن المقصود من فكرة الغلط البين تكمن في الحد الأدنى من الرقابة على أعمال السلطة الإدارية، والذي يرتبط بالمنطق والحدود المعقولة في العمل الإداري، واعتمد هذا الرأي على فكرة عدم المعقولية في العمل كأساس لوجود غلط بيّن يشوب عمل الإدارة [2].

ونجد اتجاه أخر يقوده الفقيه "*Vedel*" يربط بين الغلط البين وفكرة الغلط الجسيم، حيث كلما كان الغلط جسيما وواضحا كنا بصدد حالة غلط بين من قبل الإدارة [3]، وهناك أيضا من ربط بين الغلط البين والخلل في التقدير الذي قد تقع فيه جهة الإدارة، فوفقا لهذا الرأي فإن فكرة الغلط البين ترتبط جوهرها بعدم الانضباط وعدم الكفاية بالنسبة للعوامل التي اعتمدت عليها الإدارة لتقديرها للوقائع التي بنت عليها قرارها الإداري [4].

---

[1] -Voir. Kronprobest Bruno, l'erreur manifeste, Dalloz, 1965, p 121.

[2] – د. محمود سلامة جبر، مرجع سابق، ص 83.

[3] - Voir, Georges Vedel, droit administratif, P.U.F, Paris, 1973, p 286.

[4] – د. محمد فريد الزهيري، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 1989، مصر، ص 145.

وباستعراض جميع تلك الآراء يمكن أن القول: إن الغلط البيّن هو ذلك الغلط التي تقع فيه الإدارة مخالفة الفطرة السليمة والعقول السوية في تقديرها للوقائع بما يخالف القانون بمعناه العام مما يجعل قرارها جديرا بالإلغاء.

وسنجد بعد استعراضنا لتطبيقات فكرة الغلط البين للوقائع التي ادعتها الإدارة في القضاء الإداري الفرنسي ثم الجزائري، أن تلك الرقابة كانت مرحلة حاسمة في تاريخ منازعات أسباب العمل الإداري الذي تضطلع به الإدارة، مرحلة دفعت مجلس الدولة الفرنسي دفعة للأمام كضامن للمشروعية الإدارية، عن طريق توفير ضمانات حقوق الأفراد وحرياتهم من جانب، وحق الإدارة في تسيير أعمالها الإدارية من الجانب الآخر.

فبعد التطور الذي عرفته نظرية الخطأ البين، أصبحت نظرية عامة، يمكن للقاضي الإداري أن يعتمد عليها وهو بصدد ممارسته لدوره الرقابي على أعمال السلطات الإدارية في كافة المجالات [1]، حتى فيما يتعلق بمجال التأديب؛ فأننا نجد أحكاما كثيرة أدخل فيها القاضي الإداري رقابة الخطأ البين، ومنها قضية" *Lebon* " والذي كان يعمل مدرسا بأكاديمية " تولوز" واتهم بارتكابه أفعالا مخلة بالأدب مع تلميذاته في الفصل، فصدر قرار إحالته للمعاش، إلا أنه طعن أمام مجلس الدولة على أساس عدم التناسب بين الجزاء التأديبي والفعل المنسوب إليه، إلا أن المجلس رفض الطعن قائلا: "أنه لا يتضح من الأوراق ما يفيد أن هذا الجزاء يقوم على خطأ بين في التقدير"[2].

---

[1] – د. رمضان بطيخ، مرجع سابق، ص 221.

[2] - C.E. 9 juin 1978, Sieur Lebon, REC. 245, A.J.D.A, 1978, P 575 .

ولقد سبق وبينا أن رقابة الخطأ البين كانت لا تتضمن في البداية سوى حالات محدودة من النزاعات الإدارية، حيث كانت مقتصرة على بعض الحالات التي كان يمتنع على القاضي الإداري أعمال رقابة التكييف القانوني بشأنها، وعليه فالغاية التي من أجله استحدث القضاء الإداري تلك الفكرة؛ هي سد الفراغ المتروك في الرقابة القضائية العادية، بمد الرقابة على الحالات التي كان يمتنع فيها رقابة التكييف القانوني لها، وبمراجعة الأحكام التي صدرت عن مجلس الدولة الفرنسي نجد أنها دلّت على اتساع نطاق نظرية رقابة " الخطأ البين " بأن أصبحت تشمل كافة أوجه النزاعات الإدارية، وأذكر في ذلك بعض المجالات مثل:

-**منازعات الوظيفة العمومية:** مع أن نظرية رقابة الخطأ البين قد ظهرت لأول مرة في مجال الوظيفة العامة، إلا إنها لم تكن تتناول كافة المنازعات التي تثور في هذا الشأن، إذ بقي تأديب الموظف حتى وقت قريب نسبيا خارج نطاق تطبيقها، وذلك عندما يكون للإدارة سلطة تقديرية واسعة، ففيما يتعلق بالالتحاق بالوظيفة العامة، كان مجلس الدولة يرفض مناقشة مدى صحة تقدير الإدارة لشروط القبول في المسابقات التي تحدد لشغل تلك الوظائف[1]، إلا أنه تطور قضاؤه وامتدت رقابته خاصة فيما يتعلق بالكفاءة المطلوبة في المترشح لكي يدرج على قائمة المقبولين لدخول المسابقة [2]، كما امتدت رقابته أيضا لتشمل تقييم الإدارة للكفاءة المطلوبة في المترشح لشغل الوظيفة العامة بعد اجتيازه المسابقة،

---

[1] - C.E. 6 Avril. 1973. Jacques, REC. 1973..P 288 .

[2] - C.E. 19 juin 1981, Regnault de la Mouthe, Tables, P 777 .

كذلك فيما يتعلق بتقارير كفاية الموظفين حيث كان يرفض المجلس في البداية ممارسة الرقابة على الإدارة في هذا الشأن معترفا لها بسلطة تقديرية واسعة، إلا أنه عدل عن هذا الاتجاه في بعض أحكامه بإلغاء تقارير الإدارة المتعلقة بكفاية موظفيها متى كانت مشوبة بخطأ بين التقدير[1]، كذلك نجده في المنازعات المتعلقة بتأديب الموظفين، كان يرفض ممارسة الرقابة على خطورة الجزاء التأديبي ونسبته إلى الخطأ المرتكب من الموظف[2]، وكان يعترف للإدارة في ذلك بسلطات واسعة، تمثلت في تحديدها لنطاق التأثيم، فلها أن تحدد ما يمثل جريمة تأديبية أو ما لا يعتبر، لأن ذلك راجع إلى أن السمات المميزة للجريمة التأديبية تفتقر لتعريف قانوني محدد، كما أن لها الحرية في اختيار العقوبة الملائمة للجريمة التأديبية من تلقاء نفسها[3].

وهذا ما فسر الاتجاه التقليدي لمجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن حيث قضى في أكثر من موضع أن نطاق رقابته يقف عند حد التحقق من صحة الوجود المادي للوقائع فقط دون الخوض في درجة الجزاء المطبق[4]، ومن ثم فقد رفض مجلس الدولة الفرنسي وحتى عام 1978 رقابة تقدير الإدارة لمدى تناسب الجزاء التأديبي الواقع على الموظف مع الجرم المنسوب إليه، وقد كان تفسير ذلك أن الإدارة لها دور تطبيق الظروف المخففة والظروف المشددة التي عادة ما

---

1 - C.E. 13 Mars. 1987. Bauhain.Rec. P.95 .

2 – د. محمود سلامة جبر، مرجع سابق، ص 429.

3 - Modern (F) , L’extension du contrôle juridictionnel a la Corrélation faute disciplinaire, mesure disciplinaire dans le droit de la fonction publique. Administrative 1978. P 634.

4 - C.E. 12 Mars. 1958. Acquava, REC. P. 156.

تصاحب الأخطاء التي تمثل جريمة تأديبية، ولأن الإدارة يمكن أن يكون في حسبانها وهي بصدد توقيع الجزاء التأديبي بعض الاعتبارات الغير قانونية والتي لا يستطيع القاضي أن يلمّ بها، بسبب بعده عن الظروف المحيطة بالمرفق العام والتي كانت سببا في ارتكاب تلك الأخطاء التأديبية[1].

كل ذلك كان من الأسباب التي أسّس عليها مجلس الدولة الفرنسي رفضه لرقابة الملائمة في المجال التأديبي، وكذلك تقريره لرقابة الخطأ البين، لكن منذ عام 1978 وخاصة بعد قضية *Lebon* السابق ذكرها، أصبح من حق مجلس الدولة الفرنسي مراقبة مدى تناسب وخطورة الجزاء التأديبي المطبق على الموظف مع الجرم الذي ارتكبه، حيث حاز هذا الموقف من قبل مجلس الدولة الفرنسي على الكثير من الترحيب والتأييد من جانب كبير من فقهاء القانون الإداري، حيث أن هذا الحكم لم تصبح بعده الإدارة حرة طليقة من كل قيد، وهي بصدد ممارستها لتوقيع الجزاء التأديبي الذي يحلو لها دون أن تضع في حسبانها مناسبة هذا الجزاء وتناسبه مع ما نسب إلى الموظف من أخطاء تأديبية، وهذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في حكمه في قضية" *Joy* " برفض الطعن المقدم من وزير الاقتصاد على حكم المحكمة الإدارية بباريس، بإلغاء قراره بفصل السيد " *Joy* " لوقوع الوزير في غلط بين في التقدير[2].

---

1 - Auby. (M), le contrôle juridictionnel du degré de gravité d'une sanction disciplinaire. 1979. P. 149.

2 - C.E, 23 Avril 1987, Joy, Rec. P 157.

لم تعرف هذه النظرية تطبيقها في القضاء الجزائري بشكل كبير، كما أن العمل بها لازال متأخرا في مختلف المجالات، إلا أننا نجد لها بعض التطبيقات هنا وهناك، ولعل من أولى القرارات في ذلك ما قضى به مجلس الدولة الجزائري [1] في الغلط البيّن في التقدير، حيث تتلخص وقائعها في صدور قرار تأديبي من المجلس الأعلى للقضاء سنة 1996، والمتضمن عزل قاض من مهامه بدعوى أنه خالف الواجبات المنصوص عليها في القانون الأساسي للقضاء [2]، والتي تتضمن منع القضاة من امتلاك أي مؤسسة ولو بواسطة الغير، لأن هذا الأمر يشكل مساسا باستقلالية القضاء، وكان مما جاء في حثيات مجلس الدولة ما يلي: "حيث أنه وحتى لو كانت هذه الأفعال ذات طابع يبرر العقوبة التأديبية، فإن المجلس الأعلى للقضاء قد ارتكب بالرغم من هذا غلطا صارخا في التقدير بتسليط العقوبة الأشد".

ولقد طبق القضاء الإداري الجزائري أيضا أحكام هذه النظرية في المجال التأديبي، بأن أصبح يخضع الإدارة لحد أدنى من الرقابة في تأديب الموظف، وذلك من خلال الرقابة على الغلط الواضح في التقدير، وذهبت المستشارة فريدة أبركان إلى أن هذا العيب صمام أمان بالنسبة للحالات التي تتعسف الإدارة فيها صراحة باستخدام سلطتها التقديرية، فهذه الإدارة ملزمة بانتهاج طريق السلوك

---

[1] – قرار مجلس الدولة، الصادر في 1998/07/27، مجلة مجلس الدولة، العدد الأول، 2002، الجزائر، ص38.

[2] – المادة 13 من القانون العضوي رقم 04–11، المؤرخ في 21 رجب عام 1425 الموافق 6 سبتمبر 2004، والمتضمن القانون الأساسي للقضاء، الجريدة الرسمية رقم 57، لعام 2004.

المعقول، بحيث أنها إذا ما ارتكبت غلطا واضحا يتجاوز حدود المعقول في حكمها المنصب على عناصر الملاءمة، فإن القاضي يقوم برقابة هذا التقدير[1].

فالإدارة تتمتع بسلطة تقديرية بخصوص اختيار الجزاء الملائم للجرم الذي ارتكبه الموظف، غير أن القاضي يمارس رقابته عندما يتوصل إلى وجود خطأ واضح ناجم من تعسف الإدارة في حرية التصرف الممنوحة لها، وعن تجاوزها حدود المعقول في الحكم الذي تبنته بخصوص عناصر الملاءمة.

وتضيف المستشارة فريدة، أن هذا ما أكدته المحكمة العليا في قضية ضد وزير العدل، بأن ذهبت إلى أن المشرع تطبيقا للمادة 531 من قانون الإجراءات المدنية[2] والخاصة بطلبات المراجعة، تركت لوزير العدل تقدير الأسس التي يؤسس عليها طلبه بالمراجعة، وهو حر في إخطار أو عدم إخطار النائب العام بطلب المراجعة مادام ذلك يدخل في نطاق الاختصاص التقديري، إلا أن قراره ومادام يضيق من ممارسة حق محمي قانونا؛ أي حق الدفاع، فإنه يشكل في نفس الوقت مساسا خطيرا بحرية الأفراد، وإن مثل هذا القرار يجب أن يكون مسببا، وأن وزير العدل بقراره قد ارتكب غلط واضح في تقدير أسس طلب المراجعة المقدم من الطاعن[3].

غير أن هذا التطبيقات مازلت قاصرة على مجاراة التطورات الحاصلة في

---

1 – أنظر: المستشارة فريدة أبركان، رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة، مجلة مجلس الدولة، العدد الأول، 2002، الجزائر، ص 40.

2 – القانون رقم 08–09، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مصدر سابق.

3 – المستشارة فريدة أبركان، المرجع نفسه، ص 41.

القضاء الإداري المقارن، الأمر الذي يفرض على القاضي التزاما ضروريا بمواكبة وتطوير رقابته لمواجهة هذه التطورات.

– **بالنسبة لإجراءات الضبط الخاصة بالأجانب:** سبق وأن ذكرت بعض قرارات الضبط الإداري التي أخرجها مجلس الدولة الفرنسي من نطاق رقابة تكييفها القانوني، واكتفى حيالها بمجرد الرقابة على الوجود المادي لتلك الوقائع، وكانت في مقدمة تلك القرارات التي امتنع مجلس الدولة الفرنسي عن ممارسة الرقابة عليها؛ هي قرارات الضبط الخاصة بالأجانب فيما يتعلق بدخولهم الأراضي الفرنسية أو الإقامة فيها، وكذلك إمكانية طردهم رغما عن إرادتهم، إن كانوا يمثلون إخلالا بالنظام العام داخل الدولة، وأيضا إمكانية القيام بحل الجمعيات المؤسّسة في فرنسا من طرف الأجانب، ومنع عرض وبيع المجلات والصحف الأجنبية داخل الأراضي الفرنسية.

إلا أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي في هذا المجال قد تطور، إلى أن امتد دوره إلى رقابته لملائمة إجراءات الضبط، حيث نجده قد أصبح يبحث في ما اذا كانت المحافظة على النظام العام تتطلب بضرورة الحال التضييق على الحريات الفردية[1]، حيث نجد قد ألغى قرار وزير الداخلية، على أساس الخطأ البيّن في التقدير، وذلك في حكمه الشهير في قضية " *Library François Maspero* " والتي تتلخص وقائعها في قيام وزير الداخلية بإصدار قرار منع نشر وتداول الطبعة الفرنسية من مجلة القارات الثلاث، فقامت الشركة التي تقوم على طباعة تلك

[1] – أنظر: د. عصام عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 419.

المجلة بالطعن أمام مجلس الدولة الفرنسي بإلغاء قرار وزير الداخلية، وذلك لقيام قراره على وقائع مادية غير صحيحة، ولصدوره معيبا بغلط بيّن في التقدير وانحراف بالسلطة، وبناء عليه لم يتردد المجلس في إقرار رقابته على تقدير الإدارة هنا، والمتمثل وفقا لادعائها في الخطر والتهديد الذي برر قرار المنع والتدبير الضبطي، وحكم بإلغاء قرار وزير الداخلية القائم على خطأ بيّن في التقدير [1].

ونجد كذلك القرارات التي تتعلق بطرد الأجانب وإقامتهم على الأراضي الفرنسية، فقد أخضعها القاضي الإداري الفرنسي لرقابة الخطأ البيّن، حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي ببطلان قرار وزير الداخلية بطرد أحد الأجانب من الأراضي الفرنسية، لقيامه على خطأ بيّن في التقدير، وذلك لعدم صحة الوقائع التي أسندت للطاعن [2]، كذلك فقد رفض مجلس الدولة الفرنسي إلغاء قرار وزير الداخلية الخاص بطرد أحد الأفراد، وذلك لعدم توافر خطأ بين في التقدير [3].

وبذلك يمكن القول إنه قد بات من المؤكد أن القاضي الإداري الفرنسي أصبح يبسط رقابته من خلال تبنيه لنظرية الخطأ البيّن على الوقائع والأسباب المتعلقة بإجراءات الضبط الخاصة بالأجانب، مما يسمح بحماية واسعة لحقوق وحريات الأفراد الأكثر ضعفا، في مواجهة السلطات العديدة والمتسعة للسلطات الإدارية[4].

---

[1]- C.E. 2 Nov 1973. Libraire François Maspero, Rec. p. 611.

[2] - C.E. 3 fév. 1975, pardov, A.J. D.A. 1975. P. 131.

[3] - C.E. 7 Nov. 1990, Berges, A.J. D. A. 1991..P. 49 .

[4] - Odent Raymond, la politique immobilier et le juge administrative. Thèse. Paris. 1974. P. 157 .

- **بالنسبة للقرارات المتعلقة بالمسائل العلمية والفنية:** استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي وسايره في ذلك الجزائري، على عدم خضوع تقدير القرارات التي تكون ضمن المسائل العلمية والفنية لرقابة القضاء الإداري، وذلك لتمتع الإدارة فيها بسلطة تقديرية واسعة، وذلك بما لديها من إمكانيات فنية وبشرية تمكنها من القيام بتلك المهام، ونجد العديد من الأحكام لمجلس الدولة الفرنسي التي تؤكد هذا المعنى، وأذكر منها على سبيل المثال، حكم مجلس الدولة في الدعوى التي تتلخص وقائعها في تقدم إحدى شركات الأدوية " *Laboratoires Sariens* " بطلب إلى وزارة الصحة لاستصدار تصريح بإنتاج دواء لعلاج حالات الضعف الجنسي، إلا أن اللجنة الفنية المختصة بالوزارة رفضت هذا الطلب، مبررة ذلك بأن إنتاج هذا الدواء قد يسبب تأثير على الناحية الجنسية والمعنوية للأفراد، إلا أن الشركة أقامت دعوى تطلب فيها إلغاء هذا القرار الإداري، فذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى رفض هذه الدعوى، على أساس أن تقدير اللجنة لا يمكن مناقشته قضائيا أمامه(1).

وظل مجلس الدولة الفرنسي لفترة طويلة يرفض خضوع تلك القرارات لرقابته، إلا أن خطى خطوة جريئة كعادته وقرّر رقابته للقرارات التي تصدرها جهة الإدارة حتى وإن كانت تتضمن مسائل فنية وعلمية، حيث قضى بإلغاء قرار وزير الشؤون الاجتماعية برفض السماح بافتتاح مختبر للتحاليل، استثناء من القواعد المنظمة لمثل هذه المسائل، حيث باشر في ذلك تقييما شخصيا لكافة الظروف الاقتصادية التي استندت إليها الإدارة لتبرير هذا الرفض، ومنها عدد الأفراد الذين

[1] - C.E, 16 Mars 1955, laboratoires Sariens, Rec. P 806.

لهم حق الاستفادة من هذا المختبر، وكذلك مساحة القرية المراد بناء المختبر فيها، إضافة إلى المسافة بين تلك القرية وأقرب مختبر تحاليل لها، وانتهى المجلس في قضائه إلى القول بأن تقييم الوزارة هذه الوقائع الاقتصادية كان مشوبا بخطأ بيّن ومن ثم كان قرارها قابلا للإلغاء[1]، وكذلك باشر مجلس الدولة رقابة الخطأ البين في تقدير الإدارة فيما يتعلق بمنح رخص البناء، وكذلك اختيار المواقع وحمايتها[2]، وبالتالي فقد وضع هذا التطور من قبل مجلس الدولة الفرنسي قاعدة أصولية تمثلت في أن التقدير الذي تقوم به جهة الإدارة في نطاق المسائل الفنية والعلمية لا يمكن أن يكون مشروعا إلا إذا قام على ضوابط وأسس معقولة وصحيحة، متفادية كل خطأ بيّن في التقدير[3].

وفي الجزائر ذهبت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا مؤكدة ذلك في أحد قراراتها، بامتناعها على رقابة الإدارة فيما يخص المسائل الفنية والعلمية وخاصة في مجال قرارات نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، حيث تجد المحكمة العليا نفسها عاجزة عن مباشرة الرقابة بنفسها فيما يخص مدى ملاءمة اختيار الأرض محل نزع الملكية دون الاستعانة بخبراء في هذا المجال من جهة، ودون أن تتدخل في المجال التقديري الممنوح للإدارة من جهة ثانية، فنجدها قضت في ذلك بالقول: "من المستقر عليه قضاء أن القاضي الإداري غير مؤهل بمراقبة مسح ملاءمة اختيار الإدارة للأراضي محل نزع الملكية قصد إنجاز المشروع ذي

---

1 - C.E. 16 Mars.1955.. Laboratoires Sarins.Rec. P.806 .

2 C.E. 30 Sep. 1987. COCHE.rec. P. 296 .

3 - C.E. 13 Mars.1989.. Bousquet. Rec. P.126 .

المنفعة العامة، ومن ثم النعي على القرار الإداري المطعون فيه بأن صفة المنفعة العامة غير مقدرة في غير محله"[1].

وذهبت إلى ذلك أيضا الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا سنة 1994، في قضية ضد وزير الصحة، جاء حكم الغرفة بقولها: "وأن إجراء العلاج في الخارج هو ذو طابع طبي، ويجب أن يكون من صلاحية الأخصائيين العاملين في المستشفيات الجامعية وحدهم، ومن ثم فإنه لا يمكن المنازعة في الرأي الذي تبديه هذه اللجنة نظرا لطبيعته التقنية"[2].

إلا أنه كان هناك حكم فريد صادر عن المجلس الأعلى سنة 1966، لم يتقيد فيه المجلس برأي لجنة الإعفاء والمتعلقة بسبب عاهة تمنح الحق في منحة العجز التي يمكن أن تجمع مع راتب التقاعد، وأنه يمكنه بعد الأخذ بالحسبان ظروف السبب وتقدير الوقائع، تصحيح تقدير الإدارة [3].

وبناء على ما سبق نجد أن نظرية الخطأ الظاهر أو البيّن هي قيد على السلطة التقديرية للإدارة، ونتمنى من القاضي الإداري الجزائري أن يحذو حذو

---

[1] – قرار الغرفة الإدارية رقم 66960، الصادر في 1990/04/21، المجلة القضائية، العدد الثاني، المحكمة العليا، 1992، الجزائر، ص 158.

[2] – حكم الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا رقم 95003، في 1994/10/09، المجلة القضائية، العدد الأول، 1995، الجزائر، ص 215.

[3] – قرار المجلس الأعلى، في 1966/05/13، مجلة العدالة، 1966، ص 251، نقلا عن: د. محيو أحمد، المنازعات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2008، الجزائر، ص 190.

مجلس الدولة الفرنسين وأن يخضع جلّ أو غالب القرارات الإدارية المبنية على سلطة تقديرية لرقابة الخطأ الظاهر في التقدير.

الفرع الثالث: دور القاضي الإداري في الرقابة على مسألة التوازن بين المنافع والأضرار.

لقد كانت نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار نتيجة لما لاحظه مجلس الدولة الفرنسي من تمتع الإدارة بسلطة تقديرية واسعة في مجال الأموال والعقارات، خاصة فيما يتعلق بفكرة المنفعة العامة وتحديدها؛ لأن هذه الفكرة تعتبر من المصطلحات المرنة التي تتسم بعدم الوضوح والتحديد، الأمر الذي ساعد الإدارة على استغلال هذه الفكرة لتغطية المصالح الشخصية.

وكانت رقابة القضاء الإداري تتوقف عند وجود فكرة المنفعة العامة، دون قيامه بالبحث عن واقعية هذه المنفعة العامة وضرورتها، والظروف المصاحبة لعملية نزع الملكية، ومدى تحقق المزايا والمنافع من خلال هذه العمل، في مقابل الأضرار التي قد تنجم عنها [1].

ولقد كان مجلس الدولة الفرنسي يرفض الرقابة على قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة تاركًا أمر تقدير المنفعة العامة للسلطة التقديرية التامة للإدارة، فمثلا موضوع نزع ملكية من أجل فتح طريق خارجي، فإن دور القاضي يتمثَّل في التحقُّق من أن إنشاء الطريق يشكِّل في حد ذاته منفعة عامة، رافضاً البحث

---

[1] – د. أحمد أحمد الموافي، بعض ملامح الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، المرجع السابق، ص. 32

في مسار الطريق المقرر من الإدارة ومدى كونه أنفع بهذا المسار من غيره، بمعنى أن القاضي الإداري يحدد مشروعية إعلان المنفعة العامة بصورة مجردة، دون البحث في الظروف المصاحبة لهذا العمل، والتأكد من خلال معايير تحدد وجود وصحة المنفعة العامة من عدمها[1].

وأمام عجز وسائل الرقابة التي يملكها القضاء الإداري لمواجهة هذه الحالة وحالات أخرى، استطاع مجلس الدولة الفرنسي في نهاية المطاف أن يبتكر هذه النظرية *(Théorie du bilan Cout-avantages)* ، والتي أتاحت للقضاء في واقع الأمر أن يأخذ في اعتباره عند تقييم مضمون قرار ما لكافة الجوانب المتعلقة بهذا المضمون أو على الأقل كل ما له أهمية في هذا الصدد سواء فيما يتعلق بالأضرار الناجمة عنه أو المزايا المترتبة عليه حتى يتمكن بعد ذلك من إجراء عملية الموازنة بين هذه وتلك من جهة، وبين الغاية أو الهدف ومن ذلك القرار من جهة أخرى، فإذا انتهت عملية الموازنة هذه إلى ترجيح الأضرار تعين على القضاء الحكم بإلغاء هذا القرار، أما إذا كانت المزايا هي الراجحة حكم بصحة ومشروعية هذا القرار[2].

---

1 – د. مصلح الصرايرة، مدى تطبيق المحكمة ا العليا للمبادئ التي أقرها القضاء الإداري في رقابته على السلطة التقديرية للإدارة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25، العدد 2009،1، دمشق، ص. 181

2 – د. العربي زروق، مبدأ الموازنة بين التكاليف والمزايا، مجلة مجلس الدولة، العدد الثامن، 2006، ص133.

ولقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بنظرية الموازنة بين المنافع والأضرار في القضية المعروفة والشهيرة *ville nouvelle-Est*، حيث قرر المجلس أن تقدير المنفعة العامة يقوم على أساس التوازن ما بين الفوائد والأضرار التي تنتج عن الأعمال التي تتولى الإدارة إنجازها، حيث جاء في حيثيات القرار: "بأن أية أعمال لا يمكن أن يعلن عنها للمنفعة العامة بصورة مشروعة، إلاَّ إذا كانت الأضرار على الملكية الفردية، والثمن المالي، والأضرار المحتملة على النظام الاجتماعي، غير مفرطة مراعاة للمنفعة التي تحقِّقها"[(1)]، وفي هذا القرار أكَّد مجلس الدولة على مشروعية قرار إعلان المنفعة العامة لمشروع إنشاء مدينة جديدة في شرق مدينة ليل؛ لأن فوائد هذا المشروع كانت أكثر من أضراره.

وبعد هذا القرار أصبحت هذه النظرية تؤكد على مدى اتساع رقابة القاضي الإداري لأعمال الإدارة، فهي وإن اتفقت مع نظرية الغلط البين في الرقابة على ملائمة القرارات الإدارية، إلا أنها تعد درجة أشد في مجال هذه الرقابة، إذ يعتمد عليها القاضي الإداري في الحالات التي يصعب فيها رقابة الغلط البين، وهو ما يعني أن الاختلاف بين النظريتين هو اختلاف في مدى الرقابة؛ أي درجتها، وليس اختلافا في الطبيعة، ولأن القاضي لا يلغي تصرف الإدارة، إلا إذا كانت الأضرار المترتبة عليه لا تتناسب –وبشكل واضح– مع المزايا أو المنافع الناجمة عنه، وهذا هو جوهر نظرية الغلط البين[(2)].

---

[1]- C.E, 28/05/1971, Ville nouvelle-Est, Lebon, p409 .

[2] - د. زكي محمد النجار، فكرة الغلط البيّن في القضاء الدستوري، دار النهضة العربية،1997، القاهرة، ص57.

ولقد كانت هناك مجموعة من المعايير يستعين به القاضي الإداري كي يتمكن من تقدير مزايا ومضار عملية ما، أو نتائج تصرف إداري معين، ولكل منها تأثيره على عملية الموازنة بين المنافع والأضرار الناجمة عن العمل الذي تباشره الإدارة ونذكر من أهمها؛ المعيار الاقتصادي، ومعيار التكاليف المالية للعملية، ومعيار حق الملكية الخاصة، ومعيار الأثار الاجتماعية والبيئية للقرار.

أما القضاء الإداري الجزائري لم يساير التطور الراهن فيما يخص الأساليب الحديثة في الرقابة القضائية على أعمال السلطة التقديرية للإدارة، لأنه لا زال يتجنب رقابتها أو بالأحرى لا يتدخل في الجوانب المتعلقة بالاختصاص التقديري وفقا للأساليب التقليدية في الرقابة، إلا أنه لا يمكن القول أو نجزم بأن استعمال هذه الوسائل والنظريات الحديثة منعدمة في جميع القرارات القضائية.

ولقد أكدت العديد من القرارات القضائية على النهج أو المسار الذي ينتهجه، من خلال امتناع القاضي عن التدخل في رقابة الملاءمة المتعلقة بوجود أو انعدام المنفعة العامة، مكتفيا برقابة الوجود المادي والتكييف القانوني للوقائع [1].

من خلال محاولة البحث عن إمكانية وجود قرارات قضائية متعلقة بتطبيق نظرية الموازنة، للأسف لم أجد فيما اطلعت عليه إلا بعض القرارات الاستثنائية والمحتشمة، كالقرار الذي أصدرته الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا بتاريخ

---

[1] – قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، بتاريخ 1992/04/21، المجلة القضائية، العدد 02، 1992، ص 138، ومحتوى هذا القرار: أن القاضي الإداري ليس مؤهلا لرقابة تقدير اختيار الإدارة للأماكن محل النزاع وذلك لإنجاز مشاريع للمنفعة العامة.

1989/11/08، حيث تتلخص وقائع القضية في رفع المدعون طعنا ببطلان مقرر التصريح بالمنفعة العمومية الصادر عن والي ولاية تيزي وزو سنة 1989، تحت رقم 152، حيث أنهم يعرضون بأنهم يملكون عدة قطع أرضية بنيت عليها مساكنهم والكائنة في قرية آيت علي أومحند ببلدية أيلولة، وأن البلدية المعنية قد شرعت في أشغال طريق على ملكيتهم وفي وسط مساكنهم مسببة لهم انزلاق التربة الذي يهدد مساكنهم بالانهيار، وأن الغاية من هذا الطريق مرتبط بصهر رئيس المجلس الشعبي البلدي الذي له مسكن بجانب هذا المشروع.

ولقد تم وقف تنفيذ الأشغال من طرف القاضي الاستعجالي بموجب أمر بتاريخ 1987/12/26، وتم تأييده من طرف المحكمة العليا، وقرر بعدها قاضي الموضوع التحقيق بشأن وجود المنفعة العامة بتعيين خبير للتأكد من أن أنجاز هذا الطريق يستجيب لإشباع الحاجات العامة، أو أن الخسائر التي يسببها أكبر من منافعه، وحيث أنه وإذا كان إنجاز المشروع يسبب أضرارا لبنايات المدعين فإن هذا لا يعد سببا من أسباب عدم القانونية، لأن المدعين يتوفرون على أمكنة تجعل الإدارة تتحمل ما يلحق من بناياتهم من أخطار، وعليه تم رفض الطعن باعتباره غير مؤسس[1].

من خلال الحيثيات الأولى للقرار عند تعيينه للخبير، من أجل التحقق من مدى صحة هذه المنفعة العمومية والنتائج المترتبة عنها، ولكن يستوجب على

---

[1] – قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، بتاريخ 1993/01/17، رقم 32119، موسوعة الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء الثاني، كليك للنشر، 2013، ص 675.

القاضي أن يبني قراره على أساس تقرير الخبير لتوضيح وتأكيد صحة المنفعة العمومية، وليست هناك مصلحة شخصية.

كما أنه يجب على القاضي أن يبين النتائج المترتبة على الموازنة؛ أي يوازن بين منفعة الطريق وضرورته من جهة؛ وحماية المتضررين من جهة أخرى، بالإضافة إلى ذلك أنه لم يطبق معايير نظرية الموازنة المتعلقة بتقدير الضرر الاجتماعي والتكلفة المالية للمشروع، كما هو الشأن في القضاء الفرنسي.

إن الحديث عن الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة في الجزائر مرتبط بدور القاضي، هذا الدور المنحصر غالبا في تطبيق النصوص القانونية، وعدم محاولة التحرر وأن تكون له جرأة كالقاضي الإداري الفرنسي أو القضاء الإداري المقارن، ولعل ذلك راجع لأسباب أهمها:

1- تخوف القاضي من تجاوز الدور المنوط به، على اعتبار هذه النظرية تتسم بالجرأة في الرقابة على ملاءمة القرارات الإدارية.
2- نقص تكوين القاضي الإداري الجزائري من جهة، وعدم تخصصه من جهة أخرى يمنعانه من خوض غمار الموازنة واتخاذ القرار الحاسم.
3- التسليم بأن السلطة التقديرية للإدارة لا تخضع للرقابة القضائية.
4- دور القاضي الإداري محدود فهو يكتفي بتطبيق القانون عكس القاضي الإداري الفرنسي فهو في حركية واجتهاد دائمين.

كما أن عدم استقلالية القاضي عن السلطة الإدارية باعتباره موظفا وذلك من خلال التعيين والترقية والتأديب، وعدم استقلاليته عن السلطة التشريعية من

حيث ارتباطه بتطبيق النصوص القانونية، فهو لا يؤمن بأن دوره هو الاجتهاد وصناعة القانون، بل هو حامي للحقوق والحريات [1].

---

[1] – أ. عبد القادر غيتاوي، الضمانات التشريعية والقضائية لنزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد، 2013، تلمسان، ص 267.

الفصل الثاني
تطبيقات قضائية
لاجتهاد القاضي الإداري الجزائري

إن رقابة القاضي الإداري تهدف إلى حماية حقوق وحريات الأفراد، وذلك بإلغاء القرارات الإدارية المخالفة للقانون، والتي تلحق بهم أي ضرر معين، مما يستوجب معه الحكم بالتعويض للأفراد عن هذه الأضرار الناتجة عن تصرف الإدارة.

ومن خصائص الرقابة القضائية أنها رقابة وفق الطلب؛ أي أنها لا تقوم إلا بناء على دعاوى يرفعها الأفراد أو أشخاص القانون الخاص ضد الإدارة، فهي إذن لا تتحرك من تلقاء نفسها أو يحركها القضاء من تلقاء نفسه، بل تقام بواسطة دعوى أمام القضاء.

وبناء عليه فوسائل تدخل القاضي الإداري هي مجموع الدعاوى القضائية، التي ترفع إلى القضاء والتي تختلف حسب نوع الحق المطالب بحمايته، أو حسب سلطة القاضي في مواجهة هذه الطلبات، أما بالنسبة لكل من القضاء والمشرع فانهما يتعرضان لذكر أنواع الدعاوى القضائية الإدارية، ويعالجون

تفاصليها وشروطها وإجراءاتها دون استعمال منهج معين أو منطق معين في تحديد أنواعها، وهذا هو موقف المشرع الجزائري على وجه الخصوص [1].

إن الدعوى الإدارية وسيلة قانونية يرفعها شخص يسمى المدعي، أمام الجهة القضائية الإدارية المختصة، يطلب فيها من القاضي الفصل في نزاع إداري، موضوعه عمل قانوني أو مادي [2].

وقد اتجه المشرع الجزائري بموجب القانون الجديد للإجراءات المدنية والإدارية [3]، إلى وجوب الاستعانة بمحام أمام المحاكم الإدارية، ومجلس الدولة، وأعفى منه الدولة والولاية والمصالح الممركزة للدولة، وكذا المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري [4]. كما أن لها إجراءات سرية قد تتطلبها المصلحة العامة.

ولقد قسم الفقه الدعاوى انطلاقا من سلطة القاضي إلى أربعة أنواع:

1- دعوى الإلغاء؛ وهي التي يرفعها ذوو الصفة والمصلحة إلى الجهة القضائية الإدارية لإبطال قرار إداري غير قانوني، ومحو آثاره ماضيا ومستقبلا، فدور القاضي يقتصر هنا على النظر في مدى مشروعية القرار الإداري، وإلغائه إذا ثبت له عدم مشروعيته دون تعديله أو استبداله.

---

[1] – المواد 274، 231، 07، المعدلة من قانون الإجراءات المدنية، والمادة 98 من القانون العضوي 98–01، والمتعلق بمجلس الدولة، مصدر سابق.

[2] – د. بو حميدة عطا الله، الوجيز في القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 158.

[3] – المواد 826 و905 من القانون 08–09، والمتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مصدر سابق.

[4] – المادة 828 من القانون 08–09، والمتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، المصدر نفسه.

2- دعوى القضاء الكامل: وهي التي يرفعها المدعي أمام الجهة القضائية الإدارية المختصة للمطالبة بالتعويض، وذلك بمراجعته أو إعادة التقدير، وللقاضي فيها سلطات واسعة، فدوره لا يقتصر على إلغاء القرار الإداري غير المشروع، بل قد يشمل جميع آثاره القانوني إذا طلب منه ذلك.

3- دعوى التفسير وفحص المشروعية؛ وهي التي يطلب من خلالها صاحب الشأن من القاضي الإداري إعطاء المعنى الحقيقي والمدلول الصحيح للنص القانوني وبيان مدى مطابقته للقانون، ويكون دور القاضي محصور في ذلك ولا يتعداه للإلغاء أو التعويض.

4- دعوى الزجر والعقاب؛ وهي دعوى بمقتضاها يكون لمجلس الدولة في فرنسا صلاحيات توقيع العقوبات الجزائية المقررة لبعض المخالفات المرتكبة من الأفراد ضج القوانين والتنظيمات التي تحمي المال العام [1].

وبالتالي ستتركز الدراسة التطبيقية على أهم الدعاوى الإدارية، والأكثر قيمة من الناحية القانونية والقضائية، وكثرة الممارسة في مجال حماية فكرة الدولة القانونية ومبدأ المشروعية؛ وهي دعوى الإلغاء التي سأتناولها في مبحث أول، ودعوى التعويض التي سأتناولها سنتناولها في المبحث الثاني.

---

[1] – د. بو حميدة عطا الله، الوجيز في القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 160–163.

المبحث الأول: دعوى الإلغاء

إن ضرورة الرقابة القضائية على أعمال الإدارة جاءت للحفاظ على مبدأ المشروعية وضمانة للتأكيد عليه، حتى تكون سيادة القانون فوق كل اعتبار من أجل حماية حقوق الأفراد وحرياتهم في مواجهة أعمال الإدارة.

وتتجلى هذه الرقابة بصفة أكثر فعالية ونجاح في الدولة الديمقراطية المعاصرة، وذلك باعتبار أن مبدأ المشروعية يقصد به في معناه العام خضوع الجميع حكاما ومحكومين لسيادة القانون.

إنه بالخصوص يجب خضوع جميع أجهزة الإدارة في الدولة لسيادة القانون. وأن كل التصرفات والأفعال التي تصدر من هذه الهيئات وباسمها يجب أن يوزن بميزان القانون وإلا عد مخالفا لمبدأ المشروعية وليس له أي أساس قانوني (1).

ولا أحد ينكر وجود علاقة متينة بين دعوى الإلغاء وبين مبدأ المشروعية، فهذه الدعوى بالتحديد تمكن القاضي الإداري من أن يمارس دوره في المحافظة على مبدأ المشروعية وسلامة الأعمال الإدارية وملائمتها لقوانين الدولة، وتأكيد حماية حقوق وحريات الإنسان في الدولة المعاصرة، ذلك أن دعوى الإلغاء تعد الأداة والوسيلة القانونية والقضائية الحيوية والفعالة لتحريك وتطبيق عملية الرقابة القضائية على أعمال الدولة والإدارة العامة، لتحقيق حماية فكرة الدولة القانونية ومبدأ الشرعية والنظام القانوني لحقوق وحريات الإنسان.

---

[1] - د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، مرجع سابقن ص 187.

وتعتبر دعوى الإلغاء في الجزائر من أكثر الدعاوي الإدارية انتشارا واستعمالا لدى المتقاضين، وهذا ما جعل المشرع يولي دعوى الإلغاء القدر الكبير من الاهتمام، فخصها بالعديد من القواعد والأحكام سواء في قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966، أو في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد الصادر بموجب القانون 08–09 سنة 2008، وللوقوف على طبيعة دعوى الإلغاء ومعرفة مدى تميزهاعن غيرها، فإنه بداية يجب أن نتطرق لماهية دعوى الإلغاء في فرع أول، ثم تطبيقات للقاضي الإداري في هذا المجال في فرع ثان.

المطلب الأول: ماهية دعوى الإلغاء

تشكل دعوى الإلغاء أكثر الدعاوى الإدارية انتشارا واستعمالا من جانب المتقاضين، ولذلك نجد التشريعات الإدارية في الجزائر والمغرب العربي وفرنسا اهتمت بها وأفردت لها الكثير من القواعد، سواء في قانون مستقل كما هو الحال في فرنسا، وإلى حد مشابه نوعا ما في الجزائر، أو في القوانين المنظمة لهياكل القضاء الإداري كما في مصر وتونس [1].

ومما يزيد هذا الانتشار اتساعا، إذا وضعنا في الاعتبار فئة الموظفين العاملين في الوزارات والولايات والبلديات وسائر أجهزة الدولة، فمركزهم القانوني وعلاقتهم بالهيئة المستخدمة يتحدد انطلاقا من القرار الإداري، الذي يتخذ أشكالا مختلفة؛ كقرار التعيين أو الاستيداع أو الانتداب أو التأديب أو الترقية وغيرها من

---

[1] – د. عمار بوضياف، الوسيط في قضاء الإلغاء، دار الثقافة، الطبعة الأولى، 2001، الأردن، ص 60.

القرارات الإدارية، ولا يملك الموظف في مواجهة ذلك إذا لحقه الضرر إلا دعوى الإلغاء بهدف إبطال القرار المطعون فيه.

وليس الموظف فحسب المعني بدعوى الإلغاء، بل حتى المواطن العادي أيضا، فهناك مجالات عديدة تتعلق به وتصدر بموجب قرارات إدارية، كنزع الملكية للمنفعة العامة، أو قرار هدم مسكن، أو توقيف أشغال، ففي مثل هذه الحالات وغيرها لا يجد الفرد من وسيلة للدفاع عنه نفسه إذا تضرر من هذه القرارات سوى اللجوء للقضاء الإداري من خلال استخدام وسيلة دعوى الإلغاء.

لذاك سأحاول التطرق لتعريف هذه الدعوى في فرع أول، ثم بيان خصائصها في فرع ثان.

الفرع الأول: تعريف دعوى الإلغاء

وكعادة المشرع فإنه لا يضع التعريفات لمصطلحات قانونية، تاركا الأمر للفقه والقضاء، وذلك بالرغم من أهمية هذه الدعوى وانتشارها، وحسنا فعل المشرع ليترك المجال للفقه والقضاء للقيام بذلك.

ولقد ذهب الفقه في فرنسا وأخص بالذكر الفقيه *A.delaubadere* إلى تعريف دعوى الإلغاء وتسمى أيضا دعوى تجاوز السلطة بأنها: "طعن قضائي يرمي إلى إبطال قرار إداري غير مشروع من طرف القاضي الإداري [1]، وسار الفقيه *C.debbasch* إلى تعريف قريب جدا من سابقه بقوله: "الطعن الذي يطلب بمقتضاه المدعي من القضاء إبطال قرار إداري لعدم المشروعية [2].

---

[1] - V. Delaubadere André, traite de droit administratif, op.cit., p 536 .

[2] - V. Debbasch Charles, contentieux administratif, Dalloz, paris, 1978, p 807.

وفي الفقه العربي عرفها الدكتور الطماوي بقوله: "القضاء الذي بموجبه يكون للقاضي أن يفحص القرار الإداري، فإذا تبين له مجانبة القرار لقانون حكم بإلغائه، دون أن يمتد ذلك إلى أكثر من الإلغاء، فليس له تعديل القرار المطعون فيه أو استبداله"[1].

وعرفها الدكتور عياض بن عاشور في تونس بأنها: "الدعوى التي يطلب فيها من القاضي الإداري إلغاء قرار إداري غير مشروع"[2].

وعرفها الدكتور عمار عوابدي بأنها: "الدعوى القضائية الإدارية الموضوعية والعينية التي يحركها ذوو الصفة والمصلحة أمام الجهات المختصة في الدولة للمطالبة بإلغاء قرارات إدارية غير مشروعة"[3].

وعرفها الدكتور أحمد محيو بأنها: "الدعوى التي يُطلب فيها من القاضي إلغاء قرار إداري غير مشروع"[4].

وعرفها الدكتور عمار بوضياف بأنها: "دعوى قضائية ترفع أمام الجهة القضائية المختصة بغرض إلغاء قرار إداري غير مشروع طبقا لإجراءات خاصة ومحددة قانونا"[5].

وتدخل دعوى الإلغاء ضمن القضاء الموضوعي الذي يرمي إلى ملائمة القرارات الإدارية مع القواعد التشريعية.

---

1 – د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، مرجع سابق، ص 305.

2 – د. عياض بن عاشور، القضاء الإداري، مركز النشر الجامعي، 2006، تونس، ص 155.

3 – د. عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص 315.

4 – د. أحمد محيو، المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص 151.

5 – د. عمار بوضياف، الوسيط في قضاء الإلغاء، مرجع سابق، ص 62.

ولقد احتلت هذه الدعوى حيزا مرموقا في النظام القانوني في الجزائر؛ فنجد المادة 157 من التعديل الدستوري لسنة 2016، تنص على أن السلطة القضائية تحمي المجتمع والحريات وتضمن للجميع ولكل واحج المحافظة على حقوقهم الأساسية، كما نصت أيضا المادة 158 منه على أن أساس القضاء مبادئ الشرعية والمساواة، الكل سواسية أمام القضاء وهو في متناول الجميع ويجسده احترام القانون، وصرّحت المادة 161 باختصاص القضاء بالنظر في الطعن الموجه ضد قرارات السلطات الإداري.

وعلى الصعيد القانوني عرفت دعوى الإلغاء وجودا بارزا، سواء على مستوي قانون الإجراءات المدنية القديم لسنة 1966، إذ سميت بدعوى البطلان [1]، وفي قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09، عبر عنها المشرع بطلبات إلغاء القرارات [2].

واستعمل القانون العضوي 98-01[3]، والمتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله مصطلح الطعون بالإلغاء.

الفرع الثاني: خصائص دعوى الإلغاء

والمتأمل في هذا القضاء؛ أعني قضاء الإلغاء يجده قضاء ذو مجالات كثيرة ومتشعبة، فهو يشمل دعاوى ذات طابع مهني، وأخرى ذات طابع مالي، وأخرى

---

1 – المادة 274 من الأمر رقم 66-154، والمتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مصدر سابق.

2 – المادة 801 و901 في القانون رقم 08-09 والمتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مصدر سابق.

3 – المادة التاسعة في فقرتها الأولى، من القانون العضوي 98-01، والمتعلق بمجلس الدولة، مصدر سابق.

ذات طابع وظيفي، وأخرى ذات طابع سياسي، وأخرى ذات طابع عمراني بيئي، وأخرى ذات طابع تجاري...إلخ [1].

وعليه فدعوى الإلغاء تتميز بمجموعة من الخصائص وهي:

أولا: دعوى الإلغاء دعوى قضائية، حيث أصبحت هذه الدعوى في وقتنا الحاضر وفي مختلف الأنظمة القانونية دعوى قضائية بأتم معنى الكلمة؛ ترفع أمام الجهات القضائية المختصة، والتي لها اختصاص إلغاء القرار الإداري الغير مشروع وفق الأساليب القانونية المنصوص عليها، وفي الآجال المحدد.

ولذلك فهي تختلف عن التظلم الإداري المسبق، والذي يرفع أمام الجهة الإدارية مصدرة القرار إن كان التظلم ولائيا، أو الجهة الإدارية التي تعلوها إذا كان التظلم رئاسيا.

ثانيا: دعوى الإلغاء دعوى تحكمها إجراءات خاصة؛ حيث نجد القانون الفرنسي قد خص المنازعة الإدارية عموما ودعوى الإلغاء خصوصا بمنظومة إجرائية خاصة منفصلة عن قانون الإجراءات المدنية، فنظمت دعوى الإلغاء سواء أمام مجلس الدولة، أو المحاكم الاستئنافية الإدارية، أو المحاكم الابتدائية الإدارية وذلك في الأمر الصادر سنة 2000، والذي تم تعديله في مناسبات عديدة، واسمه قانون القضاء الإداري.

وبالنسبة لقانون الإجراءات المدنية والإدارية 08–09، نجده قد جعل لدعوى الإلغاء سواء المرفوعة أمام مجلس الدولة أو المحاكم الإدارية عددا كبيرا من النصوص والأحكام، لم تكن لبقية الدعاوى الأخرى؛ كدعاوى القضاء الكامل أو

---

[1] – د. عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، القسم الثاني، مرجع سابق، ص 12 وما بعدها.

التفسير أو فحص المشروعية، ليدلل على أهمية وخطورة هذه الدعوى وسعة انتشارها.

ثالثا: دعوى الإلغاء دعوى عينية موضوعية؛ فهي دعوى لا تتصف بالطابع الشخصي أو الذاتي، كالدعوى التي يرفعها الدائن على المدين مثلا، بل تتميز بالطابع العيني أو الموضوعي، لكونها تتصدى للقرار الإداري لا مصدره، لذلك فعلى رافع هذه الدعوى أن يهتم بالقرار الإداري، مبرزا عيوبه ومخالفته للقانون، وكل ما يتعلق بالقرار في شكله وموضوعه، دون الالتفات لمُصدر القرار.

رابعا: دعوى الإلغاء دعوى مشروعية[1]؛ فهذه الدعوى بالتحديد تمكن القاضي الإداري من أن يمارس دوره في المحافظة على مبدأ المشروعية وسلامة الأعمال الإدارية وملائمتها لقوانين الدولة، وتأكيد حماية حقوق وحريات الإنسان في الدولة المعاصرة.

وكان المشرع التونسي أكثر صراحة في توضيح العلاقة بين دعوى الإلغاء ومبدأ المشروعية، وذلك في القانون المتعلق بالمحكمة الإداري [2]، بقوله: " تهدف دعوى تجاوز السلطة إلى ضمان احترام المشروعية القانونية من طرف السلطة التنفيذية وذلك طبقا للقوانين الجاري العمل بها والمبادئ القانونية العامة".

---

[1] – المادة 158، من القانون رقم 16-01، والمتعلق بالتعديل الدستوري لعام 2016، مصدر سابق.

[2] – القانون رقم 40، المؤرخ في 01 جوان 1972، والمتعلق بالمحكمة الإدارية، الفصل الخامس.

المطلب الثاني: اجتهاد القاضي الإداري في مجال الوظيفة العمومية والعمران

يعتبر القاضي الإداري صاحب الاختصاص في حل النزاعات الإدارية بحسب مفهومها المختلف من دولة إلى أخرى، والتي اعتمدت إما المعيار العضوي الذي يركز على صفة الجهة القائمة بالتصرف أو بالنشاط الإداري، بحيث يكون النزاع إداري كل من كان احد طرفيه سلطة إدارية أو جهة إدارية مختصة سواء كانت مؤسسة عامة ذات صبغة إدارية أو شخص معنوي عام شريطة أن تكون هذه الجهة قد مارست نشاطها بصفتها صاحبة السلطة وتحقيقا للمصلحة العامة.

أو تعتمد على المعيار المادي؛ والذي لا يأخذ بعين الاعتبار الجهة التي قامت بالتصرف المتنازع فيه ولكنها تنظر من زاوية طبيعة التصرف في حد ذاته أي طبيعة النشاط، فأما أن يكون هذا النشاط قائما على استخدام امتيازات السلطة العامة، أو أن يكون هذا النشاط يمثل مرفقا عاما، أو أن يكون هذا النشاط يستخدم أساليب التسيير العمومي؛ أي أنها قواعد تدخل في إطار القانون العام.

والسؤال المطروح هو: نحن في الجزائر متى نكون بصدد منازعة إدارية؟ ومن ثم يكون القضاء الإداري هو المختص.

والمشرع الجزائري اعتمد على المعيار العضوي كقاعدة عامة [1]، فكان دائما

---

[1] – المادة السابعة من الأمر 66–154، والمتعلق بقانون الإجراءات المدنية، والمادة التاسعة من القانون العضوي 98–01، والمتعلق بمجلس الدولة، والمادة 800 من القانون 08–09، والمتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

يحدد جهات معينة في مختلف المراحل التشريعية، إن كانت طرفا في النزاع عدا النزاع إداريا من حيث الأصل، على أساس أن المنازعة الإدارية تلد كأصل عام من رحم المعيار العضوي، ومنه تستمد وجودها وخصوصيتها [1].

ودور القاضي هنا يتمثل في الموازنة بين طرفي النزاع، طرف صاحب مركز قوي يتمتع بامتيازات السلطة العامة من جهة، ويسعى لحقيق المصلحة العامة من جهة أخرى، وطرف ثاني يتمثل في شخص عادي يهدف إلى تحقيق مصلحة خاصة.

وتعتبر نزاعات الوظيفة العامة من أهم أنواع قضايا القضاء الإداري، لما تتميز به من خصوصية، حيث أبدع القضاء الإداري في ظل هذا النوع من المنازعات، فأحدث مجموعة من الأحكام والمبادئ التي تهدف إلى حماية الموظف العام من جور الإدارة والسلطة الرئاسية، التي تستأثر بتأديبه وإنهاء خدمته ولها في ذلك سلطة تقديرية واسعة.

وبناء على ذلك فقد أقر القضاء الإداري مجموعة من الضمانات لحماية الموظف العام من تجاوزات الإدارة، وتمكنه من الدفاع عن نفسه وإثبات براءته، وألا يتم عزله أو توقيفه إلا باتخاذ مجموعة من الإجراءات ضمانة وحماية للموظف العام.

كما أن منازعات التعمير في القضاء الإداري الجزائري تتخذ مجموعة من الصور والأشكال، لعل أهمها؛ منازعات رخصة البناء ومنازعات الهدم، لما لها من انتشار واسع على مستوى الجهات القضائية.

---

[1] – أنظر: د. عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص 227.

وتعود أهمية هذا النوع من المنازعات تحديدا لكون أن هذا النزاع من جهة ينصب على عقار، والعقار يحتل مكانة مرموقة لدى الأفراد، ومن جهة أخرى يتعلق النزاع بحق الملكية، وحق المالك في أن يقيم ما شاء من إنجازات ومشاريع فوق ملكه. وحق الملكية مصون بموجب الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ومصون بموجب أحكام دستورية وقانونية.

لذلك سأذكر في هذا المطلب مجموعة من الاجتهادات القضائية الإدارية في الجزائر، والمتعلقة بمجال الوظيفة العامة في فرع أول، ثم أخرى في مجال العمران وتهيئته في فرع ثان.

الفرع الأول: اجتهاد القاضي الإداري في مجال الوظيفة العمومية

تُعرّف منازعات الوظيفة العمومية على أنها: مجموع المنازعات التي تحدث بين الموظف العام والإدارة المستخدمة بمناسبة تنفيذ العلاقة الوظيفية، وذلك بتعينه بأحد الإدارات العمومية بموجب قرار إداري، ثم انتهاء هذه العلاقة في الأوضاع الطبيعية بالإحالة على التقاعد أو بناء على أسباب يحددها القانون، وهذا الأمر يعني أن هذه العلاقة طويلة الأمد، الأمر الذي يستلزم إمكانية قيام نزاع بين الطرفين.

ومنازعات الوظيفة العامة نجدها في كثير من الأحيان ضمن تصنيف قضاء الإلغاء، خاصة حينما يطلب الموظف العام إلغاء قرار إداري يمس بمركزه القانوني، ونستطيع القول إن أكثر القرارات طعنا من طرف الموظف تتعلق

بالقرارات التأديبية وقرارات النقل، وكذلك تدخل أحيانا أخرى في القضاء الكامل عندما يطلب الموظف حقوقه المالية [1].

فالأمر 66-133 المؤرخ في 22 يونيو1966، والمتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية، اكتفى بالعناصر الأساسية التي تتوفر في الشخص طالب الوظيفة، حيث جاء في المادة الأولى: "يعتبرون موظفين الأشخاص المعينين في وظيفة دائمة، والذين رسّموا في درجة التسلسل في الإدارات المركزية التابعة لدولة..."[2].

والقانون الجديد الصادر بموجب الأمر 06-03، والمتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية، عرف الموظف العام بأنه: "كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة ورسّم في رتبة في السلم الإداري" [3].

وسأذكر في هذا الفرع اجتهادات للقاضي الإداري تتعلق بعزل ووقف الموظف العام عن مزاولة المهنة.

أولا: عزل الموظف العام

يعتبر العزل الحالة الأخطر بالنسبة للموظف العام، ويمثل عقوبة جسيمة عند تغيب الموظف لمدة خمسة عشر يوما متتالية على الأقل دون مبرر مقبول،

---

1 – أنظر: د. عمار بوضياف، الوسيط في قضاء الإلغاء، مرجع سابق، ص 94.

2 – الأمر رقم 66-133، المؤرخ في 12 صفر 1386 الموافق 2 يونيو 1966، والمتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، الجريدة الرسمية العدد رقم 46، لسنة 1966.

3 – المادة الرابعة من الأمر 06-03، المؤرخ في 19 جمادى الثانية 1427 الموافق 15 يوليو 2006، والمتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العموميةة، الجريدة الرسمية رقم 46، لسنة 2006.

فتتخذ السلطة الإدارية التي لها صلاحية التعيين إجراء العزل بسبب إهمال المنصب، حيث لا يمكن للموظف الذي كان محل عقوبة العزل أن يوظف من جديد في الوظيفة العمومية (المادة 184 و185 من الأمر 06-03).

وتطبيقا لأحكام المادة 184 من الأمر 06-03، جاء المرسوم التنفيذي 17-321[1]، في مادته الثانية وما بعدها ليحدد كيفيات عزل الموظف بسبب إهمال المنصب.

وسأذكر بعض الاجتهادات المتعلقة بعزل الموظف العام من منصبه فيما يلي:

1- قرار رقمه غير موجود صادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى [2] بتاريخ 1975/03/14 والمتضمن عزل المدعي من وظيفته كعون تقني مختص، قضية م.ع.م ضد والي ولاية سطيف.

وجاء في حيثيات القرار:... وحيث أن والموظف الذي يرفض أن يلتحق بعمله، يعد قد ترك وظيفته، وحيث أن الموظف الذي يترك وظيفته يقطع الرابطة الكائنة بينه وبين الإدارة، وبالتالي يفقد حقه في الاستفادة من الضمانات المنصوص عليها في القانون الأساسي للوظيف العمومي.

1 - المرسوم التنفيذي رقم 17-321، المؤرخ في 23 صفر 1439 الموافق 02 نوفمبر 2017، والمحدد لكيفيات عزل الموظف بسبب إهمال المنصب، الجريدة الرسمية العدد رقم 66، لعام 2017.

2- القرار صادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى، بتاريخ 1975/03/14، رقمه غير موجود، نشرة القضاة، 1978، العدد الأول، ص46.

2- القرار رقم 33853، الصادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى بتاريخ 1984/05/26[1]، والمتضمن قرار عزل يسري بأثر رجعي، قضية ل.خ ضد وزير الشؤون الخارجية.

المرجع: المادة 2/94 من الأمر رقم 77-10، المؤرخ في 1977/03/01[2].

المبدأ المعتمد: متى كان من الثابت ومن المبادئ المعمول بها أن القرارات الفردية الضارة بالأفراد لا تطبق في حقهم بأثر رجعي، وإن ما تطبق ابتداء من تاريخ قرار التصريح بالعقوبة، ومن ثم فإن القرار الإداري الذي يقضي بعقوبة تأديبية خلافا لما ورد في أحكام هذا المبدأ، يعد مخالفا للقانون.

وإذا كان الثابت في قضية الحال أن وزير الشؤون الخارجية أصدر بتاريخ 1982/04/01 قرار يتضمن عزل موظف بأثر رجعي، ونص فيه على سريان مفعوله ابتداء من 1981/11/20 في حين أن هذا الموظف كان قد استمر في تأدية وظائفه برضى رؤسائه، فقد كان من المتعين على الأقل اللجوء إلى إجراء توقيف لهذا الموظف قبل اتخاذ قرار عزله. ومتى كان كذلك تعين قبول عريضة الطعن والتصريح بإبطال القرار المطعون فيه.

3- قرار رقم 42568، الصادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى[1]، بتاريخ 1985/12/07، والمتضمن تقصير الموظف في أداء وظيفته وعدم التزامه

---

1 – قرار صادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى، رقم 33853، بتاريخ 1984/05/26، المجلة القضائية، العدد الرابع، 1989، ص 215.

2 – الأمر رقم 77-10، المؤرخ في 11 ربيع الأول 1397 الموافق 01 مارس 1977، والمتضمن القانون الأساسي للموظفين الدبلوماسيين والقنصليين، الجريدة الرسمية رقم 28، لسنة 1977.

بواجبي الطاعة والاحترام للسلطة الرئاسية، قضية ب.م.ش ضد وزير الداخلية والمدير العام للأمن الوطني.

المبدأ المعتمد: من المقرر قانونا، إن الأخطاء التأديبية تشمل كل تقصير مرتكب في ممارسة الوظيفة والأفعال المرتكبة خارج الوظيفة والتي تمس من حيث طبيعتها بشرف واعتبار الموظف، أو الكفيلة بالحط من قيمة الفئة التي ينتمي إليها، أو المسّ بصورة غير مباشرة بممارسة الوظيفة، ومن ثم فان الإدارة العامة باتخاذه قرار عزل الموظف، الذي كان قد انتهج سلوكا لا يتماشى وصفته كعون من أعوان الشرطة، والذي كان في نفس الوقت قد خرق التزام الاحترام والطاعة للسلطة الرئاسية، التزمت بتطبيق القانون، وكان بذلك قرارها سليما.

ولما كانت الأخطاء المهنية المرتكبة من الموظف كافية لتبرير عزله، فإن الإدارة كانت محقة في قرارها بتسليطها هذا الجزاء عليه، ومتى كان الأمر كذلك استوجب رفض الطعن بالبطلان.

4- قرار رقم 42898، صادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى، بتاريخ 1986/02/01، والمتضمن عزل موظف دون موافقة اللجنة المتساوية الأعضاء، ودون تبليغ الموظف للمثول أمامها، قضية ب.م ضد وزير الصحة العمومية ومن معه.

المبدأ المعتمد: من المقرر قانونا أن القرار الإداري المتضمن عزل موظف دون الحصول على الرأي الموافق للجنة المتساوية الأعضاء، ودون أن يتسلم

=

[1] – القرار الصادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى، رقم 42568، بتاريخ 1985/12/07، المجلة القضائية، العدد الأول، 1990، ص 215.

المعنى بالأمر أي إخطار قانوني للمثول أمامها، يعتبر مشوبا بعيب خرق الأشكال الجوهرية للإجراءات ويستوجب البطلان.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعن موظف، وأنه أصيب بمرض جعله يتوقف عن العمل بأمر من الطبيب المعالج، وأن الإدارة رفضت بعد ذلك إرجاعه وأخبرته بعزله بقرار إداري، فإنها بقرارها هذا خالفت المواد 55 و56 و57 من القانون الأساسي للوظيف العمومي.

ومتى كان كذلك استوجب إبطال القرار الإداري المطعون فيه[1].

5- قرار رقم 158459، الصادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، بتاريخ 1996/12/01، والمتعلق بالطعن الإداري المسبق، قضية مديرية التربية لولاية سكيكدة ضد ح.ك

المبدأ المعتمد: صدور قرار مدير التربية المتضمن عزل الموظف، وإبطال القرار من طرف الغرفة الإدارية، ثم استئناف من طرف مديرية التربية لعدم قيام الموظف بالطعن الإداري المسبق رفض. ويقبل الطعن ضد قرار إذ رفع في أجل أربعة أشهر من تاريخ تبليغ أو نشر القرار طبقا للمادة 169 مكرر من قانون الإجراءات المدنية، وأن محاولة الصلح التي يجريها القاضي الإداري تنوب عن القرار الإداري المسبق [2].

---

[1] – قرار صادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى، رقم 42898، بتاريخ 1986/02/01، المجلة القضائية، العدد الثالث، 1990، ص 172.

[2] – قرار صادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، رقم 158459، بتاريخ 1996/12/01، نشرة القضاة، العدد 53، 1998، ص 82.

6- قرار رقم 7462، صادر عن مجلس الدولة، بتاريخ 2003/02/25، والمتضمن عزل موظف أثناء العطلة المرضية، قضية س.ر ضد مديرية التربية لولاية سطيف.

المرجع: المادة 136 من المرسوم رقم 59-85، المؤرخ في 1985/03/23[1].

المبدأ المعتمد: قرار العزل المتخذ خلال عطلة مرضية شرعية، قرار مخالف للقانون.

وجاء في حيثياته: "يعتبر قرار العزل خلال عطلة مرضية شرعية مخالف للقانون، لأن الموظف مستفيد بعجز ممنوح من الجهات المعنية بالتأمينات الاجتماعية، والذي يتعين معه إلغاء قرار العزل"[2].

7- قرار رقم 10005، صادر عن مجلس الدولة، بتاريخ 2004/01/20، والمتضمن إهمال منصب، غياب بدون مبرر قانوني، إهمال منصب (نعم)، قضية ق.م ضد مركز التكوين المهني.

المبدأ المعتمد: الموظف المتغيب بدون علم الهيئة المستخدمة وبدون عذر مبرر وشرعي يفقد الضمانات المنصوص عليها قانونا، ولا يمكنه التمسك بحقه في الإجراءات التأديبية، ويعتبر في حالة إهمال المنصب [3].

---

1 – المرسوم رقم 85-59، بتاريخ 01 رجب 1405 الموافق 23 مارس 1985، والمتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات والإدارات العمومية، الجريدة الرسمية رقم 13، لسنة 1985.

2 – قرار صادر عن مجلس الدولة، رقم 7462، بتاريخ 2003/02/25، مجلة مجلس الدولة، العدد الخامس، 2004، ص 166.

3 – قرار صادر عن مجلس الدولة، رقم 10005، بتاريخ 2004/01/20، مجلة مجلس الدولة، العدد الخامس، 2004، ص 169.

ثانيا: توقيف الموظف العمومي

لقد عرّفت المادة 174 من الأمر 06-03 التوقيف بقولها: يوقف فورا الموظف الذي كان محل متابعات جزائية لا تسمح ببقائه في المنصب، ويمكن أن يستفيد من خلال مدة لا تتجاوز ستة أشهر ابتداء من تاريخ التوقيف من البقاء على جزء من الراتب لا يتعدى النصف.

ومن الاجتهادات الواردة في هذا المجال ما يلي:

1- قرار رقم 23650، الصادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى، بتاريخ 1982/01/09، والمتضمن توقيف موظف عن العمل، قضية ج.م ضج وزير التربية.

المرجع: الأمر رقم 66-133، والمتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية.

المبدأ المعتمد: من المستقر عليه فقها وقضاء، أن قرار الإيقاف في حد ذاته لا يعتبر إجراء تأديبيا، إذ عادة ما تتخذه الإدارة في حق موظفيها خدمة لمصلحة المرفق، وعلى هذا الأساس لم يخضع في استصداره إلى قيام الإدارة مسبقا بإبلاغ الملف أو أخذ رأي اللجنة المتساوية الأعضاء، مما يتعين رفض العريضة المؤسسة على هذا النعي لعدم تأسيسها[1].

---

[1] - قرار صادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى، رقم23650، بتاريخ 1982/01/09، المجلة القضائية، العدد الأول، 1989، ص 222.

2- قرار رقم 39742، صادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى، بتاريخ 1985/06/01، والمتضمن إيقاف موظف مؤقتا عن عمله، قضية ب.ر ضد مدير التربية لولاية...

المبدأ المعتمد: إن مسؤولية الإدارة قد تدفع بها حرص منها على مصلحة المرفق عند الاقتضاء، اتخاذ إجراءات ضد موظفيها مخولة لها بعنوان سلطتها، ومتى صدر عنها قرار الإبعاد المؤقت عن الوظيفة لغاية البت في أمر الموظف، واعتبر هذا الاجراء ضمن صلاحياتها، وكان غير خاضع لشرط إبلاغ المعني بالملف لعدم اكتسائه الطابع التأديبي، ولاحتفاظه للمعني بالحق في التعويض عند ثبوت عدم تبرير إجراء الإيقاف عن الوظيفة، مما يستوجب معه رفض الطعن الموجه ضد هذا القرار [1].

3- قرار رقم 78275، صادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، بتاريخ 1991/01/13، والمتضمن مقرر توقيف موظفة، دون البت فيه خلال شهرين، دفع مرتباتها، تطبيق صحيح للقانون، قضية (مدير ق.ص.أ ولاية باتنة) ضد (ومن معها).

المرجع: المادة 3/103 و4 من القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات والغدارات العمومية.

المبدأ المعتمد: من المقرر قانونا أنه يجب أن تسوى وضعية الموظف في شهرين ابتداء من اليوم الذي صدر فيه مقرر توقيفه، ومن خلال هذا الأجل

---

[1] – قرار صادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى، رقم 39742، بتاريخ 1985/06/01، المجلة القضائية، العدد الثالث، 1989، ص 200.

تطلب موافقة لجنة الموظفين على ذلك، وإذا عارضت اللجنة التسريح يتقاضى المعني بالأمر كامل راتبه وتعاد إليه حقوقه.

ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بعدم الاختصاص غير سديد، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعنة (الإدارة) لم تحترم أجل الشهرين منذ توقيف المطعون ضدها للبت في أمر التوقيف، وأن قضاة المجلس بقضائهم بدفع جميع مرتبات المطعون ضدها من يوم توقيفها إلى تاريخ إدراجها في عملها، طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن [1].

4- قرار رقم 56648، صادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى، بتاريخ 1989/03/25، والمتضمن عدم تسوية وضعية موظف في خلال 06 أشهر من يوم تبليغ الإيقاف.

المبدأ المعتمد: من المقرر قانونا في حال إيقاف الموظف يجب تسوية الحالة في مدة ستة أشهر ابتداء من يوم تبليغ قرار الإيقاف، ومن ثم فإن القرار الإداري المخالف لهذا المبدأ يعد مشوبا بعيب في خرق القانون.

وفي قضية الحال إن الطاعن تم توقيفه عن مهامه كمعلم بموجب مقرر مؤرخ في 29/11/1970، وأنه منذ هذا التاريخ لم يستلم أي تبليغ يتضمن فصله أو

---

[1] – قرار صادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، رقم 78275، بتاريخ 1991/01/13، المجلة القضائية، العدد الرابع، 1992، ص 153.

إرجاعه إلى عمله، فإن المقرر المطعون فيه بإغفال هذا الإجراء يتعين إبطاله، ومتى كان كذلك استوجب إبطال المقرر الإداري المطعون فيه [1].

5- قرار رقم76732، صادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، بتاريخ 1991/03/24، والمتضمن السلطة التقديرية للوالي وإيقاف الموظف.

المبدأ المعتمد: متى كان من المقرر قانونا أن تعيين مدير مؤسسة ولائية يتم بموجب مقرر من الوالي، يتم إيقافه عن مهامه بنفس الطريقة، ومن ثم فإن مقرر العزل للمدير العام لمكتب الدراسات التقنية متعددة الخدمات يخضع للسلطة التقديرية للوالي باعتباره منصبا نوعيا، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن[2].

الفرع الثاني: اجتهاد القاضي الإداري في مجال العمران.

يعتبر تدخل الدولة في تقييد حق الملكية بترخيص أعمال البناء، هو أول الحقوق والحريات الفردية التي تم تقييدها لتحقيق أهداف النظام العام، لأن الضمان الأساسي لاحترام قواعد العمران هي أن تستند أعمال البناء إلى تراخيص إدارية تمكن الأفراد من تلبية حاجياتهم المختلفة من البناء، ومحافظة في الوقت ذاته على مقتضيات حماية البيئة والاستغلال العقلاني للعقار، ولما كانت تراخيص البناء تشكل عنصرا فعالا وبارزا في المجال العمراني منذ زمن بعيد فقد تدخلت

---

[1] – قرار صادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى، رقم 56648، بتاريخ 1989/03/25، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1990، ص 182.

[2] – قرار صادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، رقم 76732، بتاريخ 1991/03/24، المجلة القضائية، العدد الثالث، 1991، ص 162.

أغلب التشريعات في العالم لفرض احترام قواعد العمران وفرضت على كل من يرغب في إنشاء مبنى جديد أو القيام بترميم وتدعيم مبنى وتحديثه أو تعديله أو توسيعه، استخراج رخصة بناء، ويستوي في ذلك الأشخاص الطبيعية أو المعنوية، وكل مصالح الدولة العامة والخاصة، فالكل أمام رخصة البناء سواء بدون تفرقة بين فرد أو مصلحة حكومية، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري صراحة بموجب المادة 50 من القانون رقم 90-29[1]، حيث ربط حق البناء بالاحترام الصارم للأحكام التنظيمية المتعلقة باستعمال الأرض مهما كان المستفيد من هذا البناء.

كما أن من حق مالك البناء هدم بناءه كيفما يشاء كليا أو جزئيا، ولكن نظرا لموقع البناء يتدخل المشرع ليفرض شروطا خاصة بعملية الهدم، في إطار الضبط الإداري والمحافظة على النظام العام، لاسيما إذا كان البناء المراد هدمه واقعا في مكان مصنف أو في طريق التصنيف في قائمة الأملاك الوطنية ذات الميزة الثقافية، وهذا التقييد والشروط ليس الغرض منهما الحد من حرية مالك البناء في التصرف بملكه، وإنما لأجل المحافظة على الأملاك الوطنية الثقافية جرّاء الأضرار التي قد تلحق بها خلال عملية الهدم، وهذا باشتراط آلية جد مهمة من الآليات التي نص عليها قانون العمران، وتتخذ منازعات التعمير صورا وأشكالا كثيرة، ولعل أهم الاجتهادات المتعلقة بمجال العمران تتمثل في منازعات رخصة البناء والهدم.

[1] – القانون رقم 90-29، المؤرخ في 14 جمادى الأولى 1411الموافق 01 ديسمبر 1990، والمتعلق بالتهيئة والتعمير، الجريدة الرسمية رقم 52، لسنة 1990.

أولا: الاجتهادات القضائية في مجال رخصة البناء

وفقا للقانون 90−29 والمتعلق بالتهيئة والتعمير، فإنه يمكن لكل شخص طبيعي أو معنوي معني، قبل الشروع في الدراسات، أن يطلب شهادة للتعمير تعين حقوقه في البناء، وقد عرّف الدكتور عزري الزين هذه الشهادة أو الرخصة بأنها: القرار الصادر عن السلطة المختصة، يمنح بمقتضاه للشخص الطبيعي أو المعنوي إقامة بناء جديد أو تغيير بناء قائم قبل البدء في البناء الذي يجب أن يحترم قواعد قانون العمران [1].

وعرفها الدكتور محمد الصغير بعلي بأنها: " القرار الإداري الصادر من سلطة مختصة تمنح بمقتضاه للشخص الحق في البناء بمعناه الواسع طبقا لقانون العمران" [2].

فرخصة البناء إذا؛ هي تصرف قانوني صادر عن جهة إدارية، يمنحها القانون سلطة إصدارها طبقا لشروط وإجراءات، تخول لصاحبها حق البناء.

ويعود اختصاص منح رخصة البناء كأصل عام لرئيس المجلس الشعبي البلدي [3]، كما قد تمنح من طرف الوالي في حالات أخرى [1]، وقد يمنحها

1 – د. عزري الزين، إجراءات إصدار قرارات البناء والهدم في التشريع الجزائري، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، العدد الثالث، ص12.

2 – د. محمد الصغير بعلي، تسليم رخصة البناء في القانون الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة الشيخ العربي التبسي، 2007، تبسة، ص 16.

3 – أنظر: المادة 65 من القانون رقم 90−29، مصدر سابق، والمادة 95 من القانون رقم 11−10، والمتعلق بالبلدية، مصدر سابق.

الوزير المكلف بالتعمير بعد معرفة الاطلاع على رأي الولاة إذا تعلق الأمر بالمصلحة الجهوية أو الوطنية.

ويعود الاختصاص بالنظر في المنازعات المتعلقة برخص البناء الممنوحة من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي أو الوالي، للمحكمة الإدارية على أساس أنها صاحبة الولاية العامة بالفصل في المنازعات الإدارية [2]، ويعود الاختصاص بالنسبة للرخص الممنوحة من طرف وزير التعمير لمجلس الدولة [3].

ومن بين اجتهادات مجلس الدولة والمحكمة العليا الصادرة في هذا المجال نذكر ما يلي:

1- قرار رقم 73532، الصادر عن الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى، بتاريخ 1983/01/08، والمتضمن رخصة بناء، وصمت السلطات البلدية المختصة بالتسليم خلال المهلة القانونية، قرار ضمني بالقبول، وآثاره نفس آثار القرار الصريح، الاختصاص، الغرفة الإدارية، قضية فريق م. ضد رئيس بلدية بسكرة ووالي بسكرة.

المرجع: المادة السابعة من الأمر 75-67، المؤرخ في 1975/09/26، المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية.

المبدأ المعتمد: متى كان من المقرر قانونا أن المجالس القضائية تختص بالفصل ابتدائيا بقرار قابل للاستئناف أمام المجلس الأعلى، في جميع القضايا

=

[1] – أنظر: المادة 66 من القانون 90-29، مصدر سابق.

[2] – طبقا للمادة 800 من القانون 08-09، مصدر سابق.

[3] – طبقا للمادة 09 من القانون العضوي 98-01، مصدر سابق، والمادة 901 من القانون 08-09، المصدر نفسه.

التي تكون إحدى البلديات طرفا فيها، ومن المقرر كذلك أن سكوت الذي تلتزم به السلطات البلدية تجاه البت في تسليم رخص البناء، يعد قراراً ضمنيا بالقبول، وأن الرخصة الضمنية المستخلصة من سكوت الإدارة تُنتج نفس الآثار التي تنتجها الرخصة الصريحة، وثم فان القضاء بما يخالف هذه المقتضيات يعد خطأ في تطبيق القانون.

ولما كان الثابت في قضية الحال أن الطاعنين أودعوا بتاريخ 1978/10/13، ملفا مستوفيا للشروط القانونية من أجل الحصول على رخصة بناء، دون أن يُبت في طلبهم خلال مهلة 45 يوما المنصوص عليها قانونا، من تاريخ إيداع الملف، وأن المجلس القضائي (الغرفة الإدارية)، عندما عرض عليه النزاع صرح بعدم اختصاصه في النظر في الدعوى، فإنه بهذا القضاء أخطاء في تطبيق القانون.

ومتى كان كذلك استوجب إلغاء القرار المستأنف والإشهاد بعدم التصدي على إيداع طلب الحصول على رخصة البناء من طرف الطاعنين بتاريخ 1978/10/13 [(1)].

2- <u>قرار رقم 29432، الصادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى، بتاريخ 1982/11/27، والمتضمن طعن بالبطلان لقرار إداري ينشئ حقوقا للغير، سحبه أو إلغائه، تجاوز في السلطة، قضية ب.ل ضد والي ولاية الجزائر ورئيس المجلس الشعبي البلدي للقبة.</u>

---

[1] - قرار صادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى، رقم 73532، بتاريخ 1983/01/08، المجلة القضائية، العدد الرابع، 1989، ص 206.

المبدأ المعتمد: من المقرر قانونا، وعلى ما جرى به القضاء الثابت، استحالة سحب القرار الإداري الصحيح الذي تتخذه السلطة ويكون منشئا للحقوق، ومن ثم فإن القرار البلدي المُلغي لرخصة البناء لمجرد ادعاء بوجود نزاع في الملكية يعد قرارا مشوبا بتجاوز السلطة.

ولما كان من الثابت في قضية الحال، أن القرار المتخذ من رئيس المجلس الشعبي البلدي، والذي منح بمقتضاه للطاعن رخصة البناء، يكتسي الصيغة التنفيذية، ويرتب حقوقا للمستفيد منه، دون أن يكون مشوبا بأي مخالفة سحب، فإن الطاعن كان على صواب عند تمسكه ببطلان القرار المطعون فيه لتجاوز في السلطة.

ومتى كان كذلك استوجب إبطال القرار المطعون فيه لتجاوز في السلطة [1].

3- <u>قرار رقم 55، الصادر عن الغرفة الثالثة ، مجلس الدولة، بتاريخ 2002/02/11، والمتضمن خرق قواعد الاختصاص بشأن رخصة البناء يوجب البطلان.</u>

المبدأ المعتمد: المستأنف خرق قواعد الاختصاص، مما يعني تجاوزا في ممارسته للسلطة، فاتخاذ مديرية تهيئة الإقليم والتعمير لمحافظة الجزائر قرارا يقضي بإلغاء رخصة البناء، وهي مديرية ولائية ليست مختصة بإلغاء مقرر

---

1 – قرار صادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى، رقم 29432، بتاريخ 1982/11/27، المجلة القضائية، العدد الأول، 1990، ص 188.

يتضمن رخصة البناء، وعليه فقضاة الدرجة الأولى كانوا على صواب بإلغاء القرار [1].

4- قرار رقم 16148، الصادر عن مجلس الدولة، بتاريخ 2004/05/11، والمتضمن اختصاص القاضي الاستعجالي، شروع في البناء قبل الحصول على رخصة البناء، لجوء البلدية إلى القاضي الإداري الاستعجالي لوقف الأشغال، قضية ق.ع ضد ب.ب.

المبدأ المعتمد: المستأنف خرق القانون عمدا، والقاضي الاستعجالي تمسّك عن صواب باختصاصه بمعاينة الحالة المستعجلة التي تميز طلب البلدية، لا سيما وأن مواصلة الأشغال المتنازع عليها سينتج عنه ضرر لا يمكن إصلاحه، وأنه في الأخير وزيادة على الطابع الاستعجالي لموضوع الطلب، فإن منازعة المستأنف ليست جدية، وأنه بالتالي يتعين القول بأن استئنافه غير مؤسس وغير سديد [2].

5- قرار رقم 18915، الصادر عن مجلس الدولة، بتاريخ 2004/05/11، والمتضمن التعدي، واختصاص القاضي الاستعجالي، قضية أ.خ ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي لباب الزوار.

---

1 – قرار غير منشور، نقلا عن: د. عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص 415.

2 – قرار رقم 16148، الصادر عن مجلس الدولة، بتاريخ 2004/05/11، مجلة مجلس الدولة، العدد الخامس، 2004، ص234.

المبدأ المعتمد: تكون البلدية في حالة تعدي؛ عندما تقوم بهدم وحجز وتحطيم وكسر ما قام المستأنف بإنجازه بدون إذن قضائي، ولا يمكن أن يكون التعدي إجراء قانونيا يسمح للإدارة باستعماله للإضرار بالمواطنين، ووقف التعدي من اختصاص قاضي الاستعجال [1].

وجاء في حيثياته: ... حيث أن البلدية قانت بتهديم وحجز وتحطيم وكسر ما قام المستأنف بإنجازه، وما ما وضعه من أدوات ومواد البناء بدون إذن قضائي خاص، واستمرت في ذاك، فإنها تكون قد قامت بفعل التعدي كما هو ثابت بمحضر المعاينة المحرر من طرف المحضر القضائي، وكما هو ثابت من مختلف الوثائق الإدارية التي تؤكد صحة عملية الحصول على قطعة الأرض والبناء، مما يجعلها فعلا قد قامت بفعل التعدي الذي هو من اختصاص القاضي الاستعجالي، ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن يكون فعل التعدي هو إجراء قانوني، مما يستوجب إلغاء القرار المستأنف والتصدي من جديد بوضع حد لفعل التعدي.

6- قرار رقم 038284، الصادر عن مجلس الدولة، بتاريخ 2008/04/03، والمتضمن منح رخصة بناء كمقابل لدين في ذمة البلدية، مخالفة لقانون التعمير والتهيئة، بطلان الرخصة، قضية مستأنف ضد والي ولاية ورقلة.

[1] – قرار رقم 18915، الصادر عن مجلس الدولة، بتاريخ 2004/05/11، مجلة مجلس الدولة، العدد الخامس، 2004، ص240.

<u>المبدأ المعتمد:</u> إن إجراء تسليم رخصة يخضع لكيفية منح التعمير المحددة في النصوص القانونية الخاصة بالتعمير والتهيئة، وبالتالي الحصول على رخصة بناء مقابل تنازل المستفيد من الدين الداخل في ذمة البلدية لصالحه، يعد تصرف مخالف للقانون، ويترتب عليه بطلان الرخصة.

وجاء في حيثياته: ...حيث لا يحق منح للبلدية منح رخصة البناء للمستأنف مقابل التنازل عن دين في ذمة البلدية أو أي منفعة أخرى.

حيث أمام هذا الوضع يتعين إبطال قرار رخصة البناء المطعون فيه لأنه لم يراع القانون والتنظيم المذكورين، وهو ما قضى به قضاة أول درجة، لذا يتعين تأييد قرارهم المستأنف [(1)].

ثانيا–الاجتهادات القضائية في مجال رخصة الهدم:

كما رأينا سابقا أنه لبناء أي مبنى نحتاج لرخصة تسلمها السلطة المختصة بعد توافر الشروط واستيفاء الإجراءات المحددة قانونا، فيستلزم ذلك أنه من باب أول اشتراط رخصة لهدم بناء، وذلك لما قد ينجم عن عملية الهدم من مخاطر.

فجاء قانون التهيئة والتعمير رقم 90–29، في نص مادته الستين على: يخضع كل هدم كلي أو جزئي للبناء لرخصة الهدم في المناطق المشار غليها في المادة 46 منه، أو كلما اقتضت ذلك الشروط التقنية والأمنية.

---

[1] – قرار صادر عن مجلس الدولة، رقم 038284، بتاريخ 2008/04/30، مجلة مجلس الدولة، العدد التاسع، 2009، ص91.

وبناء عليه؛ فإن رخصة الهدم على غرار رخصة البناء تتطلب أن تصدر في شكل قرار إداري، وفق إجراءات نص عليها التنظيم، وقد عرّفت رخصة الهدم بأنها: قرار إداري صادر من جهة مختصة، تمنح بموجبه للمستفيد حق إزالة بناء كليا أو جزئيا، متى كان هذا البناء واقعا ضمن مكان مصنف أو في طريق التصنيف [1].

ومن بين اجتهادات مجلس الدولة والمحكمة العليا الصادرة في هذا المجال نذكر ما يلي:

1- قرار رقم 167252، الصادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، بتاريخ 1998/04/27، والمتضمن تعدي البلدية بتحطيم جدار دون حصولها على حكم يرخص ذلك.

المبدأ المعتمد: من المقرر قانونا في المادة 124 من القانون المدني، أن كل عمل أي كان يرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير، يُلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن البلدية قامت بالتعدي على جدار وتحطيمه دون أن تحصل على حكم يرخص لها بذلك، وبحجة أن الحائط تم بناؤه بطريقة فوضوية، رغم أن المستأنف استظهر حكما يرخص له بذلك، بحجة أن الحائط تم بناؤه بطريقة فوضوية، وبالرغم من أن المستأنف استظهر رخصة

---

1 – د. عزري الزين، إجراءات إصدار قرارات البناء الهدم في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص22.

البناء ومحضر إثبات حالة على أنه لم يغلق مجرى مياه الوادي كما تدعيه البلدية.

وعليه فإن البلدية تتحمل مسؤولية خطئها، مما يستوجب معه إلغاء القرار الذي رفض تعويض المستأنف [1].

2- قرار غير منشور، صادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، بتاريخ 1999/07/19، والمتضمن أمر استعجالي بهدم بناء، اختصاص القضاء الإداري، قضية و.م ضد مديرية أملاك الدولة للبليدة.

المبدأ المعتمد: إن مشكل الملكية لا يمكن الفصل فيه من طرف القاضي الاستعجالي، لأن المسألة تتعلق بنقطة تمس الموضوع، والتي يبقى القاضي الاستعجالي غير مختص للفصل فيها طبقا للمادة 171 مكرر من قانون الإجراءات المدنية.

ولا نزاع في كون أن المستأنف قد شيد حائطا بدون رخصة بناء، وفي هذه الحالة فإن القاضي الاستعجالي مختص للأمر بهدم البنايات المشيدة بطريقة غير قانونية، وأن قاضي الدرجة الأولى عندما أمر بالهدم وإعادة المكان إلى ما كان عليه، يكون قد أحسن في تطبيق القانون [2].

---

[1] – قرار الصادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، رقم 167252، بتاريخ 1998/04/27، المجلة القضائية، العدد الأول، 1998، ص 200.

[2] – قرار صادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، غير منشور، فهرس 363، بتاريخ 1999/07/26، المنتقى من قضاء مجلس الدولة، الجزء الأول، 2003، ص 177.

3- قرار رقم 20217، صادر عن مجلس الدولة، بتاريخ 2005/10/18، والمتضمن صلاحية رئيس البلدية بهدم الأشغال المنجزة المخالفة لقانون التهيئة والتعمير.

المرجع: المادة 53 من المرسوم التشريعي رقم 94-07 المؤرخ في 1994/05/18، والمتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري.

المبدأ المعتمد: إذا كانت المادة 53 من المرسوم التشريعي رقم 94-07، تخول لرئيس البلدية صلاحية هدم الأشغال المنجزة مخالفة لقانون البناء والتعمير دون اللجوء إلى العدالة، فإنها في نفس الوقت لم تمنعه من المطالبة بذلك قضائيا، ما دام أنه احترم جميع الإجراءات المنصوص عليها في المرسوم السالف الذكر في مجال معاينة مخالفات قواعد الهندسة المعمارية والتعمير.

وجاء في حيثياته:... حيث يستنتج مما سبق أن قضاة المجلس أخطأوا في تطبيق القانون، ويتعين إلغاء قرارهم، وفصلا من جديد بإلزام المستأنف عليه بهدم البناء المشيد بدون رخصة على القطعة الأرضية الكائنة بالمكان المسمى بوفلكي بقرية بني مرعي ببلدية خراطة [1].

4- قرار رقم 064475، صادر عن مجلس الدولة، بتاريخ 2011/07/28، والمتضمن رقابة القضاء لمشروعية قرار الهدم، قضية رئيس مجلس الشعبي البلدي ضد صاحب محل تجاري.

---

[1] – قرار صادر عن مجلس الدولة، رقم 20217، بتاريخ 2005/10/18، مجلة مجلس الدولة، العدد السابع، 2005، ص 123.

المبدأ المعتمد: إن قرار رئيس المجلس الشعبي البلدي في هدم محل تجاري مخصص لشخص بموجب قرار ولائي منتظم، لا زال قائما ومنشأ لحقوق، دون تدعيمه بمحضر معاينة المخالفة الناجمة عن إنجاز صاحبه بناء فوضويا، أو عند قيامه بنشاط أو تصرف يشكل خطرا على الأمن العام، لتبرير عملية الهدم يعد غير مشروع بعيب تجاوز السلطة [1].

---

[1] – قرار صادر عن مجلس الدولة، رقم 064475، بتاريخ 2011/07/28، الغرفة الثالثة، مجلة مجلس الدولة، العدد العاشر، 2011، ص131.

المبحث الثاني: دعوى القضاء الكامل [1]

تعتبر دعوى التعويض من أهم دعاوى القضاء الكامل التي يتمتع فيها القاضي بسلطات كبيرة، فهو ذلك القضاء الذي يتيح للقاضي ليس فقط مجرد بحث مدى مشروعية العمل الإداري، ومن ثم إلغاء أو عدم إلغاء ذلك العمل، أو بمعنى آخر لا يتيح للقاضي فقط مجرد إدانة أعمالها المخالفة للقانون، وإنما يتجاوز ذلك إلى تصحيح وحسم المركز القانوني الذاتي للطاعن، وذلك بتعديل العمل الإداري أو تبديله إذا ثبت – بطبيعة الحال – عدم مشروعيته أو عدم صحته، والحكم له كذلك بالتعويض عن الأضرار الناجمة عنه، وعليه يمكن القول أن القضاء الكامل يتيح للقاضي بيان الحل الكامل والصحيح للنزاع المعروض عليه بما من شأنه حسم كافة عناصر ذلك النزاع بشكل نهائي.

وتهدف هذه الدعوى إلى المطالبة بالتعويض وجبر الأضرار المترتبة على الأعمال الإدارية المادية والقانونية، فهي الدعوى التي يرفعها المدعي أمام الجهة القضائية الإدارية المختصة للمطالبة بالتعويض، مراجعته أو إعادة التقدير.

ويندرج تحت مصطلح دعوى القضاء الكامل مجموعة من الدعاوى؛ كدعوى المسؤولية، ونزاعات العقود الإدارية، ونزاعات الضرائب، ونزاعات النزع الملكية للمنفعة العمومية لطلب التعويض...إلخ[2].

---

1 – وهو مصطلح أشمل من مصطلح دعوى التعويض، وهو المستعمل رسميا من طرف المشرع في المادة 801 في الفقرة الثانية من القانون 08–09، مصدر سابق.

2 – د. بو حميدة عطا الله، الوجيز في القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 161.

ويكتسي موضوع دعوى التعويض أهمية واضحة، لارتباطه بالأنشطة التي تزاولها الإدارة والتي يصاب من جراءها أشخاص بأضرار سواء ثبت خطأها في ذلك أم لا، وذلك في إطار تحقيق التوازن بين مصالح الدولة من جهة وحقوق الأفراد من جهة أخرى، إذ أصبحت مسؤولية الدولة من المبادئ المسلم بها في كل الدول، خاصة في فرنسا التي ساهم القضاء الإداري داخلها في إرساء قواعد وضوابط هذه المسؤولية مع حكم "بلانكو" الشهير الصادر عن محكمة التنازع الفرنسية سنة 1973.

وبناء على ذلك سأتناول ماهية دعوى التعويض في مطلب أول، ثم الاجتهادات القضائية المتعلقة بالمسؤولية الإدارية والتعويض في مطلب ثان.

المطلب الأول: ماهية دعوى التعويض

إن قضاء التعويض يتمثل في دعوى التعويض، ويقصد بها تلك الدعوى التي يرفعها أحد الأفراد إلى القضاء طالبا فيها تعويضه عما أصابه من ضرر نتيجة تصرف من تصرفات الإدارة سواء كان هذا التصرف قانونيا أو ماديا.

ومبدأ مسؤولية الدولة عن أعمالها، أي إلزامها بتعويض الأفراد عن الضرر الذي أصابهم من جراء تلك الأعمال، مبدأ حديث نسبيا، حيث لم يتقرر إلا مع نهاية القرن التاسع عشر، وأيا كان الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية الدولة، لا بد من وجود ضرر يجب على المدين إثباته بسبب خطأ الدولة أو نشاطاتها محل المساءلة حتى يمكن أن تقضي له بالتعويض.

إن موضوع المسؤولية الإدارية من أعقد مواضيع القانون الإداري، وعدا بعض النصوص فإن تنظيم هذه المسؤولية يعود لاجتهاد القاضي الإداري، لذلك

سنحاول إعطاء تعاريف لها في منظور كل من التشريع والفقه والقضاء من خلال فرع أول، ثم خصائصها في فرع ثان.

الفرع الأول: تعريف دعوى التعويض

سنذكر تعريف دعوى التعويض من زوايا ثلاث، من زاوية التشريع، ثم من زاوية القضاء، وأخيرا من زاوية القضاء.

أولا: التعريف التشريعي:

كعادة المشرع فإنه لا يضع تعريفات للمصطلحات القانونية، ومع ذلك فقد ورد معنى دعوى القضاء الكامل في التشريع وبصفة خاصة القانون الإداري بشكل محتشم، فذكرها المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد 08-09[1]، وفي نص المادة 800 منه حيث جاء فيها:" المحاكم الإدارية جهة الولاية العامة في المنازعات الإدارية، تختص بالفصل في أول درجة، بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة...".

كما جاء في المادة 801 من نفس القانون ذكر الدعاوى التي تختص بها المحاكم الإدارية، وهي من بين دعاوى القضاء الكامل، على اعتبار أن دعاوى القضاء الكامل هي الأشمل ودعوى التعويض جزء منها.

---

[1] - القانون رقم 08-09، والمتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مصدر سابق.

ثانيا: التعريف القضائي:

إن دعوى التعويض ورد معناها في هذه الأحكام أو القرارات القضائية بشكل ضمني، وكذلك تحت مصطلح دعوى القضاء الكامل، ولم تأت بعبارة صريحة، وذلك بالرغم من الدور الكبير الذي لعبه القضاء في إرساء قواعد هذا النوع من الدعاوى.

وعى سبيل المثال قرار مجلس الدولة بتاريخ 2004/06/15، والذي جاء فيه: "... وأن الأمر يتعلق بدعوى القضاء الكامل، وهي من اختصاص الغرفة الإدارية المحلية..." [(1)].

ثالثا: التعريف الفقهي:

لقد عرف بعض الفقهاء دعوى التعويض على أنها": الدعوى التي يرفعها أحد الأشخاص إلى القضاء للمطالبة بتعويض ما أصابه من ضرر نتيجة تصرف الإدارة" [(2)].

وعرفها الدكتور عمار عوابدي بأنها": هي الدعوى القضائية الذاتية التي يحركها ويرفعها أصحاب الصفة والمصلحة أمام الجهات القضائية المختصة، وطبقا للشكليات والإجراءات المقررة قانونا، للمطالبة بالتعويض الكامل والعادل،

---

[1] – قرار صادر عن مجلس الدولة، رقم 10847، بتاريخ 2004/06/15، مجلة مجلس الدولة، العدد الخامس، 2004، ص11.

[2] – د. معوض عبد التواب، دعاوى التعويض الإدارية وصيغها، دار الفكر الجامعي، 1998، مصر، ص 11.

اللازم لإصلاح الأضرار التي أصابت حقوقهم بفعل النشاط الإداري الضار، كما تمتاز بأنها من دعاوى القضاء الكامل وأنها من دعاوى قضاء الحقوق [1].

وعرفت أيضا بأنها: هي الدعوى التي ترفع للمطالبة بجبر الضرر المادي أو الأدبي الذي يحدث نتيجة لخطأ من جهة الإدارة، من صاحب الصفة والمصلحة"[2].

الفرع الثاني: خصائص دعوى التعويض وأساسها القانوني.

تتميز دعوى التعويض بجملة من الخصائص التي تميزها عن غيرها من الدعاوى، حيث تساعد معرفة هذه الخصائص على توضيح وتسهيل عملية تنظيمها وتطبيقها بصورة سليمة.

ويعتبر مبدأ المسؤولية الإدارية الجانب الموضوعي في عملية رفع دعوى التعويض، كما يعتبر ضمانة هامة في حماية حقوق الأفراد وحرياتهم، في مواجهة الأعمال الضارة الصادرة عن الإدارة والتي يترتب عليها الإضرار بممتلكات الغير؛ أي الأفراد ومصالحهم.

أولا: خصائص دعوى التعويض: لدعوى التعويض أربع خصائص تميزها، وتعطيها وضوحا تتجلى به أمام الدعاوى الأخرى، وتتمثل هذه الخصائص في :

1- **دعوى التعويض الإدارية دعوى قضائية:** ويقصد بأن دعوى التعويض

---

[1] – د. عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص. 5

–[2] د. شريف أحمد الطباخ، التعويض الإداري في ضوء الفقه والقضاء وأحكام المحكمة الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، 2006، الاسكندرية، ص 05.

دعوى قضائية؛ أي أنها ليست مجرد تظلم أو طعن إداري، وذلك لأنها ترفع أمام جهات قضائية مختصة، ويتم قبولها أو رفضها أو الفصل فيها من طرف هذه الجهات القضائية، سواء تعلق الأمر بالمحاكم الإدارية كقاعدة عامة، أو أمام مجلس الدولة عن طريق الارتباط، وذلك في إطار الشكليات والإجراءات القضائية المقررة قانونا [1].

2- **دعوى التعويض دعوى ذاتية شخصية:** والمقصود من هذا أنه لا يستطيع رفعها إلا أصحاب الصفة والمصلحة أمام الجهات القضائية المختصة على أساس حجج وأوضاع قانونية ذاتية وشخصية للمطالبة، بالاعتراف أو تقرير حقوق شخصية مكتسبة، وحمايتها قضائيا عن طريق الحكم بالتعويض الكامل لإصلاح الأضرار المادية التي تصيبها بفعل النشاط الإداري الضار [2].

3- **دعوى التعويض من دعاوى القضاء الكامل:** ومعنى هذه الخاصية؛ أن سلطات القاضي الإداري في دعوى التعويض واسعة وكاملة، وذلك بالمقارنة مع دعاوى المشروعية، حيث تتعدد سلطات القاضي الإداري من سلطة البحث والكشف عن مدى وجود الحق الشخصي لرافع الدعوى، أي إثبات وجود الصفة لرافع الدعوى إلى البحث عن الضرر

---

[1] – د. عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، 2004، الجزائر، ص 257.

[2]– سهام عبدلي، مفهوم دعوى القضاء الكامل في الجزائر، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أم البواقي،2009، ص 11.

الذي أصابه من نشاط الإدارة الضارة، وسلطة تقدير نسبة هذا الضرر، وسلطة تقدير التعويض تقديرا كاملا وعادلا، بما يكفل إصلاح الأضرار [1].

4- **دعوى التعويض من دعاوى قضاء الحقوق:** وتعتبردعوى التعويض من دعاوى قضاء الحقوق؛ لأنها تستهدف الدفاع عن حقوق وحريات الفرد قضائيا في مواجهة أنشطة الإدارة العامة الضارة، بما فيها الأعمال المادية المشروعة، ويترتب عن هذه الخاصية عدة نتائج منها؛ التشدد والدقة في وضع وتطبيق الشكليات والإجراءات القضائية، كما أنها تعطي للقاضي السلطات اللازمة لإصلاح الأضرار، وأن دعوى التعويض تتقادم مع مدة تقادم الحق.

ثانيا: الأساس القانوني للمسؤولية الإدارية:

لقد لعب القضاء الإداري في الجزائر دورا هاما في مجال مادة المنازعات الإدارية، وأهم الأدوار التي لعبها تتضح في موضوع مسؤولية الإدارة العامة عن أعمالها المادية، من خلال الأحكام والقرارات التي أصدرتها الغرف الإدارية على مستوى المجالس في بادئ الأمر، ثم المحاكم الإدارية ومجلس الدولة فيما بعد.

ويمكن تعرف المسؤولية الإدارية: بأنها الحالة القانونية التي تلتزم فيها الدولة أو المؤسسات والمرافق والهيئات الإدارية العاملة بها، بدفع التعويض عن الضرر أو الأضرار التي سببت للغير بفعل الأعمال الإدارية الضارة، سواء كانت

---

[1] – د. عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية، المرجع السابق، ص 259

هذه الأعمال الإدارية الضارة مشروعة أو غير مشروعة وذلك على أساس الخطأ المرفقي، أو الخطأ الإداري، أو على أساس نظرية المخاطر، وفي نطاق النظام القانوني لمسؤولية الدولة أو الإدارة العامة.

1- **المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ:** ويقصد بالخطأ الذي يوجب المسؤولية الإدارية بأنه: الفعل الضار غير المشروع، وقد يكون الخطأ شخصي أو مرفقي أو مصلحي وقد يكون عمًدا أو إهمالا، ولجبر الأضرار الناجمة عن أعمال الإدارة العامة، يمكن تصور ثلاث فرضيات:

- أن يتحمل الموظف شخصيا المسؤولية عن جبر الضرر، تأسيسا على الخطأ الشخصي وهو حل يكفل الأداء الجيد للموظف بكل حرص، رغم ما قد يصيبه من عبء شخصي وهو يقدم الخدمة العمومية للجمهور.
- أن تتحمل الإدارة العامة المسؤولية عن القرار، تأسيسا على فكرة الخطأ المرفقي أو المصلحي وهو حل من شأنه حماية الموظفين، رغم تهاونهم وتقصيرهم في أداء مهامهم في بعض الحالات.
- أن تتوزع المسؤولية بين الموظف العام والإدارة العامة (المرفق العام)، تبعا لدرجة الخطأ الشخصي أو المرفقي.

وذلك يفرض إقامة توازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة للموظف والمضرور، وهذا يوجب التمييز بين الخطأ الشخصي والمرفقي، ولقد أخذ الفقه والقضاء بعدة معايير للتمييز بينهما ومن أهمها [1]:

- النزوات الشخصية: وهو أول معيار ظهر على يد الفقيه *Laferriere*،

[1] – د. أحمد محيو، قانون المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص 253 وما يليها.

ومؤداها أن الخطأ الشخصي الذي يسأل عنه الموظف؛ هو الذي يُظهر الإنسان بنقائصه وتهوره، أما الخطأ المرفقي الذي تسأل عنه الإدارة العامة؛ فهو الذي يرتكبه الموظف كإنسان معرض للخطأ والصواب [1].

- معيار الغاية أو الهدف: ونادى به العميد ديجي *Duguit*، ومؤداه أن الخطأ يعتبر شخصيا ويسأل عنه الموظف من ماله الخاص، في حالة سعيه إلى تحقيق أغراض شخصية مالية انتقامية.
- معيار الانفصال عن الوظيفة: حيث يعتبر التصرف الصادر عن الموظف والمترتب عنه ضرر للغير خطأ شخصيا، إذا ما أمكن فصله عن التزاماته وواجباته الوظيفية وخارج مهامه.

ومن أمثلة اجتهاد القاضي الإداري الجزائري في مجال الخطأ، قرار صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2004/07/20، في قضية (قضية ذوي حقوق ط.م ضد بلدية سوقر)، حيث أقر مجلس الدولة بمسؤولية البلدية جزئيا، وتمثلت الوقائع في كون البلدية وضعت حاجزا جديدا لقطع الطريق ليلا، ونظرا لعدم تثبيته جيًدا مر الضحية (ط.م) البالغ من العمر سبع سنوات، فسقط الحاجز على رقبته وتسبب في وفاته.

لذلك قضى مجلس الدولة ونسب الضرر إلى خطأ البلدية في عدم تثبيت الحاجز بشكل جيد حتى لا يسقط على الغير، وهو خطأ قائم على انعدام الصيانة العادية، فجعل ثلث المسؤولية على عاتق البلدية ببنما جعل ثلثا المسؤولية على

---

[1] – أنظر: أ. فارح سماح، المسؤولية الإدارية عن الخطأ المرفقي، رسالة ماجستير، جامعة قالمة، 2005، ص 2.

عاتق والدي الضحية على أساس إخلالهما بواجب رقابة ابنهما القاصر وهذا بتركه خارج المنزل ليلا، أي مساهمة المضرور في وقوع الضرر [1].

وأيضا قرار مجلس الدولة بتاريخ 2004/02/10، والمتعلق بمسؤولية البلدية في مجال منح رخصة البناء، حيث جاء في حيثيات القرار:.... حيث أن البلدية سلمت رخصة بناء للضحية من أجل بناء مسكن...وحيث أنه أثناء بناء وإنجاز المسكن أصيب الضحية بصدمة كهربائية، وهو يقوم بعملية تغطية السقف فوق الشبكة الكهربائية، وحيث أن البلدية بتسليمها الرخصة للضحية لبناء سكن في مثل هذا الشكل، رغم وجود الشبكة الكهربائية، فهي تصبح مسؤولة لوحدها عن ما نجم عن الصدمة الكهربائية، وبالتالي فقضاة مجلس الشلف لما قرروا جعل مسؤولية هذا الحادث على عاتق البلدية، قد أصابوا في تقدير الوقائع وفي تطبيق القانون[2].

2- **المسؤولية الإدارية على أساس المخاطر (نظرية المخاطر أو المسؤولية دون خطأ[3]):** إن موضوع نظرية المخاطر الإدارية كأساس لمسؤولية الإدارة لاسيما عن أعمالها المادية تعد في الوقت الحالي من أدق الموضوعات، وأنها مازالت غير واضحة المعالم، فهي تدور في حدود السلطة التقديرية للقاضي وبعض التشريعات الجزئية، ويرجع هذا إلى حداثة الموضوع.

---

[1] – د. الحسين بن الشيخ آت ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية، الكتاب الاول، دار الخلدونية،2007، الجزائر، ص41.

[2] – قرار رقم 011456، الفهرس رقم 142، الغرفة الثالثة، مجلس الدولة، بتاريخ 2004/02/10، غير منشور، نقلا عن: د. عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص152.

[3] – أنظر: د. الحسين بن الشيخ آت ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية، المرجع نفسه، ص7 وما بعدها.

وهذا يعني أنها نظرية قضائية في عمومها يعود الفضل في وجودها وتطبيقها إلى القضاء الإداري، وإذا كانت القاعدة العامة أن مسؤولية الإدارة إنما تقوم على أساس الخطأ المرفقي، فإنه يمكن أيضا وفي حالات محددة أن تقوم تلك المسؤولية على أساس فكرة المخاطر أي بدون إثبات خطأ الإدارة، حيث يكفي لتعويض المضرور أن يثبت علاقة السببية بين نشاط الإدارة والضرر الذي أصابه، والحقيقة أن مختلف الحالات التي يعتد بالمخاطر فيها كسبب وأساس للمسؤولية الإدارية، إنما يسودها ويكتسيها الطابع الاستثنائي والغير الاعتيادي أو الطبيعي.

وعرفت نظرية المخاطر تطبيقات كثيرة في مجال الأشغال العامة، على اعتبار أن الأشغال الجارية على عقار سواء ما تعلق منها بالبناء أو الإصلاح أو الهدم، يمكن أن تنجم عنها مخاطر حتى ولو لم يثبت خطأ الإدارة [1]، وقد تتعدى ذلك إلى أعمال الصيانة والدهان أو العوامل الطبيعية.

كما قد نجد تطبيقات لهذه النظرية في مجال الأضرار الناتجة عن التجمهر والتجمعات [2]، وأحيانا على مستوى الإدارة الاستشفائية [3].

---

[1] – أنظر: قرار مجلس الدولة رقم 058739، بتاريخ 2011/10/31، مجلة مجلس الدولة، العدد العاشر، ص 112، حيث جاء في حيثياته: أن الوالي يتحمل مسؤولية تعويض الأشخاص عن الأضرار الجسدية اللاحقة بهم دون خطأ الإدارة، ونتيجة الحوادث الواقعة في إطار مكافحة الإرهاب.

[2] – أنظر: قرار مجلس الدولة، فهرس رقم 329، الغرفة الرابع، بتاريخ 1999/07/26، نقلا عن: د. حسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الثاني، ص 95.

[3] – أنظر: أ. عادل بن عبد الله، المسؤولية الإدارية للمرافق الاستشفائية، أطروحة دكتوراه، جامعة محمد خيضر، 2011، بسكرة، ص 40.

المطلب الثاني: اجتهادات القاضي الإداري في مجال المسؤولية الإدارية والتعويض.

إن المسؤولية الإدارية مرتبطة بالنشاط الإداري والمرفق العام، المتضمنة لمظاهر السلطة العامة، والمستهدفة بتحقيق مصلحة العامة في نطاق الوظيفة الإدارية للدولة.

فقواعد المسؤولية الإدارية ليست قواعد عامة ولا مطلقة، وإنما قواعد خاصة تتجاوب مع المصلحة العامة، ومتطلبات المرافق العامة ونظامها القانوني، وتتضمن في محتواها هذه القواعد أحكام من أجل التوازن بين المصلحة العامة وحتمية الحفاظ على حقوق وحريات الأفراد في مواجهة أعمال الإدارة الضارة التي يقابلها التعويض، الذي يلزم الشخص بدفعه إلى المصاب لجبر الضرر الحاصل له، وهذا ما سيتم توضيحه من خلال الفرعين، فالأول يتناول الإجتهادات القضائية المكرسة للمسؤولية المرفقية، والثاني يتناول الإجتهادات القضائية المكرسة للمسؤولية الشخصية.

الفرع الأول: الاجتهادات القضائية في مجال المسؤولية المرفقية

يلجأ الأفراد إلى المرافق العامة لتلبية حاجاتهم، وذلك لما تملكه من خدمات تقدم إليهم من طرف موظفيها، حيث قد ينتج على أحد موظفيها خطأ يلحق ضررا بالغير، فهذا الخطأ تسأل عنه الإدارة، وسمي الخطأ في هذه الحالة بالخطأ المرفقي أي مسؤولية المرفق، حيث يرى الدكتور أحمد محيو بأنه من الصعب تعريف الخطأ المرفقي، ويرجع ذلك إلى صعوبة حصر مختلف تجاوزات الإدارة.

كما يرى كذلك الأستاذ "سليمان الطماوي" أن الخطأ المرفقي هو الذي ينسب إلى المرفق، ولو قام به ماديا أحد الموظفين، ومن خلال هذا الخطأ المرتكب تنشأ المنازعات التي خصصناها في هذا الفرع بمجموعة من الاجتهادات.

1- قرار رقم 7733، الصادر عن مجلس الدولة، بتاريخ 2003/03/11، والمتضمن عدم مراقبة المستشفى للآلات المستعملة، قضية (م. ح) ضد مستشفى بجاية.

المبدأ المعتمد: تقوم مسؤولية المستشفى ما دام أخل بواجبه المتمثل في أخذ الاحتياطات اللازمة للحفاظ على السلامة البدنية للمريض الموجود تحت مسؤوليته، وأن عدم مراقبة الآلات المستعملة من طرف أعوان المستشفى، والذي ألحق ضررا بالمريض، شكّل خطأ مرفقيا عاما [1].

2- قرار رقم 61942، صادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى، بتاريخ 1988/06/03، والمتضمن موضوع الضرر اللاحق بالغير دون خطأ شخصي، قضية وزير التربية ضد مؤسسة عمومية.

المبدأ المعتمد: من المستقر عليه في القضاء أن المجموعات العمومية تكون مسؤولة عن الأضرار اللاحقة بالغير بفعل عتاد مخصص للاستعمال العمومي، إلا إذا أثبت بأن الحادث ناجم عن خطأ الضحية أو قوة القاهرة، ومن ثم فإن المطعون فيه يعد خرق القانون، والحادث وقع لضحية عندما اتكأ على عمود

---

[1] – قرار صادر عن مجلس الدولة، رقم 7733، بتاريخ 2003/03/11، المجلة القضائية، العدد الخامس، 2004، ص208.

حديدي كان يحمل خيط كهربائي عادي غير معزول بتلك الوضعية لدى شركة سونلغاز، وبالتالي لا ينسب للضحية أي خطأ، ولذلك استوجب رفع الطعن [1].

3- قرار رقم 021626، فهرس رقم 114، الغرفة الثالثة، مجلس الدولة، بتاريخ 2006/02/22، والمتضمن مسؤولية التعويض عن الأضرار الملحقة بالأشخاص والسلع غير المؤمنة أثناء المظاهرات.

المبدأ المعتمد: مسؤولية التعويض عن كل أوجه الأضرار الملحقة بالأشخاص والسلع غير المؤمنة التي تحدث إثر المظاهرات المخلة بالنظام العام والأمن، يتحملها الصندوق الخاص بالتعويضات طبقا للمادة 122 من قانون المالية 1991 [2].

4- قرار رقم 26678، الصادر عن مجلس الدولة، بتاريخ 2006/11/19، والمتضمن تعويض نسبة العجز المقدر بمئة بالمئة، قضية (س. م) ضد المركز الاستشفائي الجامعي، بتيزي وزو.

المبدأ المعتمد: إن الضرر الناجم عن الخطأ الطبي يُلزم المرفق الاستشفائي بتعويض المتضرر، ويُحدد المبلغ المستحق له بناء على نسبة العجز الدائم اللاحق به. وبالتالي فإن طلب ضحية الخطأ الطبي، والرامي إلى مراجعة مبلغ التعويض المستحق له، وجعله بتناسب والضرر الفعلي وفقا لنسبة العجز اللاحق

---

[1] - قرار الصادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى، رقم61942، بتاريخ 1988/06/03، المجلة القضائية، العدد الأول، 1992، ص125.

[2] - قرار صادر عن مجلس الدولة، رقم 021626، بتاريخ 2006/02/22، مجلة مجلس الدولة، العدد الثامن، 2006، ص 203.

به، يعد مؤسّسا [1].

5- قرار رقم 33628، صادر عن مجلس الدولة، بتاريخ، 2007/07/25، والمتضمن استعمال سلاح في مقر العمل، قضية ضد الصندوق الضمان الاجتماعي.

المبدأ المعتمد: إن الحادث الواقع داخل المركز الأمني والمؤدي إلى قتل عون نتيجة استعمال زميله سلاح الخدمة خطأ، يجعل مسؤولية مرفق الأمن قائمة، ويفتح المجال لذوي حقوق الضحية للمطالبة بتعويضهم عن الأضرار المادية والمعنوية اللاحقة بهم، دون الإخلال بحقهم في منحة الوفاة عن حادث العمل المستحقة من قبل صندوق الضمان الاجتماعي [2].

الفرع الثاني: الاجتهادات القضائية في مجال المسؤولية الشخصية

إذا كان العمل الضار يدخل في إطار الوظيفة أو بمناسبتها، فالإدارة هي التي تتكفل بتغطية تلك الأضرار، ولكن الأمر قد يختلف بالنسبة للمجالات التي بتسبب فيها الموظف بأضرار للغير ففي هذه الحالة يمكن للضحية أو المتضرر مقاضاة الموظف شخصيا، والالتزام بدفع التعويضات المستحقة، فالموظف في نهاية الأمر كأي مواطن عليه جبر الضرر الذي سببه للغير، كما أن الدعوة المرفوعة لا تكون ممكنة إلا في حالة ثبوت الخطأ الشخصي للموظف، وعليه

---

[1] – قرار صادر عن مجلس الدولة، رقم 26678، بتاريخ 2006/11/19، نشرة القضاة، العدد63، 2008، الجزائر، ص 398.

[2] – قرار صادر عن مجلس الدولة، رقم 33628، بتاريخ 2007/07/25، المجلة القضائية، العدد التاسع، 2009، الجزائر، ص98.

سأتطرق إلى مجموعة من القرارات تخص الخطأ الشخصي المرتكب من طرف الموظف في مايلي:

1- قرار رقم 159719، صادر عن مجلس الدولة، بتاريخ 1999/05/31، والمتضمن قتل دركي لدركيين آخرين بمسدس تابع لوزارة الدفاع الوطني خارج أوقات ومكان العمل، قضية ذوي الحقوق ضدوزير الدفاع.

المبدأ المعتمد: أن النزاع القائم ليس نزاع إداري، وبالتالي فإن الجهة المختصة بالفصل في النزاع هي القضاء العادي، حيث أن الفعل الذي ارتكبه (ب.ع) والذي نتج عنه وفاة ب.ي و(ت.ع) هو جريمة من جرائم القانون الخاص.

وهو مدان بجريمة القتل العمدي مع سبق الإصرار حسب قرار 1995/03/14 الصادر عن المحكمة العسكرية، وقد ترتب عليها عقوبة شخصية ولا علاقة لهذه الجريمة بوظيفة المحكوم عليه كدركي، وبالتالي فإن مسؤولية التعويض عن الضرر الناتج عن فعله تقع على عاتقه، وليس على عاتق الإدارة التابع لها أي وزارة الدفاع (1).

فمجلس الدولة في قضية الحال، حمّل المسؤولية للدركي مسؤولية شخصية، على أساس أن الحادث لم يكن أثناء العمل أو بصدده أو في مكانه، أي لم يكن في إطار الوظيفة أو بمناسبتها، لذلك كانت مسؤولية التعويض عن الضرر الناتج عن فعله تقع على عاتقه، لا على عاتق وزارة الدفاع.

1- قرار صادر عن مجلس الدولة، رقم 159719، بتاريخ 1999/05/31، مجلة مجلس الدولة، العدد الأول، 2002، الجزائر، ص97.

2- قرار غير منشور، صادر عن مجلس الدولة، بتاريخ، 2001/06/18، والمتضمن مسؤولية الدولة محل مسؤولية المعلم والمربي.

المبدأ المعتمد: إن الضرر الذي وقع لتلميذ (ل.س) أثناء تمدرسه بالثانوية، وقع بسبب خطأه الشخصي وليس بفعل فاعل، مما تنتفي معه المسؤولية الناشئة وتكون المسؤولية التي تحل فيها الدولة محل المعلمين والمربين المنصوص عليها في المادة 135 من القانون المدني، وأن القاعدة في تقدير مبلغ التعويض تحسب على أساس نسبة العجز الجزئي الدائم، طبقا للحد الأدنى للأجور باعتبار التلميذ ليس له دخل وقت الحادث، حيث أن طريقة الحساب هذه تطبق على حوادث المرور حسب القانون الخاص بها، ولكن الحالة الراهنة تختلف، وقضاة الدرجة الأولى قدروا التعويض حسب نسبة الضرر اللاحق بالتلميذ(1).

[1] – قرار صادر عن مجلس الدولة، غير منشور، بتاريخ 2001/06/18، د. لحسين بن شيخ آث ملويا: المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الثالث، دار هومة، 2009، الجزائر، ص. 89

الخاتمة

في نهاية هذه الأطروحة المتواضعة، وجدت أن القضاء وبالأخص القضاء الإداري – وذلك بخلاف ما يدعيه بعض الفقه من أن دور السلطة القضائية يقتصر على تطبيق القانون، واتباع إرادة المشرع – يساهم في خلق القاعدة القانونية، بل إنه من المعلوم للجميع أن معظم القواعد ومبادئ القانون الإداري تعتبر من صنع هذا القضاء، وأن المشرع عمل على تدوين الكثير من هذه القواعد التي استقر عليها القضاء.

وأن مساهمة القضاء في خلق وابتداع القواعد القانونية لم تأت من محض الصدفة، ولكن جاءت بعد أن قطع القضاء مراحل متعددة، استطاع من خلالها أن يرسخ أقدامه، ويفرض إرادته على الساحة والواقع العملي.

وانطلاقا من ذلك نجد أن الاجتهاد القضائي قد ساهم بشكل رئيسي في إنشاء وتطوير القانون الإداري، من خلال بحثه عن الحلول المناسبة للتطبيق على المنازعات الإدارية التي تكون الإدارة طرفاً فيها، وذلك بسبب عدم وجود التنظيم القانوني المتكامل لموضوعات القانون الإداري، مما فتح معه الباب للاجتهاد القضائي الذي يضع النظريات والمبادئ والأحكام التي تفصل في موضوع النزاع تطبيقاً للعدالة وحمايةً لمبدأ المشروعية وتحقيقاً للتوازن المنشود بين مصلحة جهة الإدارة في حُسن تسيير المرافق العامة وقيامها بمختلف نشاطها الإداري من جانب، وحماية حقوق الأفراد وحرياتهم من جانب آخر.

لاحظت أن عمل القاضي الإداري شأنه شأن القاضي العادي يتمثل في إيجاد حل ملزم للنزاع المعروض عليه، ولكن هذا الحل قد يجده القاضي الإداري في مصدر قانوني آخر بعيدا عن خلقه وإبداعه، فيعتبر هذا الحل والمصدر المستقى منه هو المنبع للقاعدة القانونية التي نطق بها القاضي الإداري.

وأما إذا لم يجد القاضي الإداري نصا معينا، وهذا أمر كثير الورود لحداثة القانون الإداري النسبية ومرونته وعدم تقنينه، كان لزاما عليه خلق قاعدة آمرة لتسوية النزاع المعروض عليه بما يتفق والعدالة ومصالح الأطراف، ومن مجموع هذه الحلول، تتكون القواعد القضائية التي تكون المعيار الذي تقاس عليها مشروعية سلوك الإدارة وتصرفاتها.

وهذا الأمر جعلني أستنتج أن دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية يتمثل في دورين؛ دور منشئ من العدم حيث يكون القاضي الإداري ملزم بابتكار وإيجاد حلول مناسبة للمنازعة التي تعرض عليه، ويكون فيها في حالة عدم وجود قاعدة قانونية في مصادر القانون الإداري المكتوبة وغير المكتوبة ليعالج هذا النزاع، وذلك ما فعله القاضي الإداري حماية للمشروعية، ودور ثاني يكون فيه القاضي كاشف ومبين لحلول قانونية كانت موجودة في التشريعات الجزئية الإدارية وغير الإدارية، وفي الأسس العامة للنظام القانوني، والضمير العام للمجتمع، فيدلنا على مبادئ عامة ذات قيمة تشريعية تفرض احترامها على الإدارة والأفراد، كونها تسعى لتحقيق التوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، وهو الدور الذي لعبه مجلس الدولة الفرنسي بحكمة فكسب تأييد رجال الثورة والأفراد على حد سواء.

وبالتالي يُقوّم القاضي الإداري اعوجاج العمل الإداري لا بالاستناد إلى النص فهو غير موجود، ولكن بالاستناد لقاعدة ومعيار هو وحده مبدعها ومنشئها، أي هو مصدرها، وتعتبر هذه القاعدة مصدرا لتقويم وتصحيح العمل الإداري.

وبعد دراسة موقف الفقه التقليدي والفقه المعاصر من الاجتهاد القضائي، ورأينا أن الفقه التقليدي نفى على القاضي أن يكون له دور إنشائي للقانون، فهو عضو منفذ لإرادة المشرع، ويقتصر دوره على تطبيق القانون، مستندا في ذلك على فكرة كمال النظام القانوني، وعلى مواضع مختارة من كتاب روح الشرائع لمنتسكيو، ولكن هذا الطرح من جانب الفقه التقليدي سرعان ما اصطدم بالواقع العملي للقاضي الإداري الذي أكد أنه لا يوجد ما يمنع من الاعتراف للقاضي بسلطته الطبيعية، والمتمثلة في إنشاء القانون بحكم ارتباطه واقعه العملي اليومي بالأحداث والوقائع.

فحاول الفقه المعاصر أن يأتي بالبديل، عن طريق الانطلاق من الواقع العملي ودور الاجتهاد القضائي في ذلك، هذا الواقع الذي أصبح ملموسا وحقيقيا، ليتحرر القانون المدون من رق المشرع، وبالرغم من كل ما قيل من نظريات في الفقه المعاصر فإنه قد أكد وبكل صراحة عن الواقع القضائي هو العلم العملي للقانون، كما أنه لا أحد ينكر الدور الإنشائي للاجتهاد القضائي الإداري، لأن غالبية مبادئ ونظريات القانون الإداري من الإنشاء الخالص للقضاء.

ولذلك يذهب الأستاذ ريفيرو إلى أن القاضي الإداري يضع القاعدة، ويحسم عند خرقها، فهو منشئ ولا يخفى ذلك، ويدعمه القاضي جراي قائلا: "أن

القانون هو ما ينطق به القضاة، أما التشريع والسوابق القضائية وأراء الفقهاء والعرف فهذه جميعها تعتبر مصادر القانون والتي يتحدد مفهومها بحسب التفسير الذي يعطيه لها القضاة"، ويقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري: "وبالنسبة لاعتبار الاجتهاد القضائي مصدرا من مصادر القانون، ذكرت أن هناك رأيين أو مسلكين؛ رأي يعتبر أن الاجتهاد القضائي مصدرا غير رسمي للقانون، لأنه لا يعدوا أن يكون سوى مساهما وعاملا غير مباشر في تكوين القانون، ورأي يعتبر الاجتهاد القضائي مصدرا مباشرا للقانون، مثله مثل العرف.

استخلصت أن الاجتهاد القضائي الإداري يتميز ببعد خاص من حيث مصدره وخصوصية مواقفه عند فصله للنزاعات الإدارية المطروحة على القاضي الإداري، ويعود مصدر الاجتهاد القضائي الإداري إلى القاضي الإداري المطلوب منه عند فصله في الدعاوى والطعون الإدارية التوفيق بين متطلبات المرفق العمومي واحترام حقوق المواطنين.

وإذا كان المشرع يضع قواعد عامة، فإذا كانت واضحة فلا تحتاج من القاضي بذل جهد تفسيري أو تأويلي، وقد تكون غامضة مما تحتاج معه إلى تفسير وبذل الجهد في التحليل والاستنباط، وقد يظهر التطبيق العملي قصورها، وهنا يتدخل القاضي الإداري ليتمم هذا النقص، وقد يعطيها صلاحيات أوسع من تلك التي منحها المشرع، ودلّلت على ذلك بأمثلة تعلقت ببعض القرارات المشوبة بأحد أوجه عدم المشروعية، أو المساس بمبدأ من المبادئ العامة للقانون، وذلك لأن المشرع مهما كانت آفاقه ومعلوماته ومداركه، فإنه لا يستطيع الإلمام والتنبأ بكل شيء يستجد في الحياة العملية.

وبناء عليه يتضح لنا الدور الإنشائي الذي يتميز به القاضي الإداري عن العادي، سواء عند تحديد النص التشريعي أو التنظيمي الواجب التطبيق، أو حينما يفسر إرادة المشرع أو نية المشرع، وما له من سلطة تقديرية تمكنه من استعمال حرية البحث عن القاعدة الملائمة ليطبقها.

وإذا كنا قد عرفنا أن تفسير القانون يعني توضيح معنى النص من أجل استنباط واستخراج حل يطبق على النزاع المعروض على القاضي، فإن القاضي يسلك في ذلك مسلكين؛ التفسير الضيق للنص، بالتحليل اللفظي للنص القانوني اعتمادا على قواعد اللغة، وتفسير واسع يتمثل في البحث عن المعنى الحقيقي الذي أراده مشرع النص، وهذا البحث في حد ذاته ابتكار خاص، قد يصل إلى غاية خلق قواعد قانونية جديدة تكون أحيانا عكس ما أراده صاحب النص لتتماشى والنازلة المعروضة على القاضي، لأن النص بمجرد خروجه من يد واضعيه يتصل بالحياة اليومية، مما يخول للقاضي حرية واسعة في البحث عن ما هو ملائم ومناسب ومساير للتطور الحضاري.

ولكن حتى تتجسد أهداف الاجتهاد القضائي بصفة عامة والاجتهاد القضائي الإداري بصفة خاصة لابد من وضعه بصفة كاملة ومستمرة في متناول جميع المعنيين والمهتمين بالاجتهاد القضائي والقانون.

استخلصت أنه يجب على القاضي الإداري الجزائري أن يعيد النظر في موضوع الاستفادة من الشريعة الإسلامية كمصدر من مصادر القانون، يعود إليها للاستفادة من ثرائها وكثرة الحلول فيها، فهي تقوم على قواعد منطقية لجأت إليها التشريعات الغربية أحيانا.

كما على القاضي الإداري الجزائري الاعتناء باللغة العربية لثرائها وكثرة مشتقاتها، للاستفادة من ذلك عند الإشكالات التي تواجه النص من الناحية اللغوية.

استخلصت أنه قد حان الوقت من أجل العمل على تفعيل دور كل من المحكمة العليا ومجلس الدولة كي يتسنى لهما ضمان احترام القانون وتوحيد كيفية تطبيقه على كامل المستوى الوطني، لأن ذلك هو الكفيل باحترام الجهات القضائية الدنيا للاجتهاد القضائي الذي تقرره، وما يستتبع ذلك من زرع ثقة المواطنين في القضاءلتحقيق الأمن القضائي، وفي سبيل ذلك لا بد من تحقيق ما يلي:

- نشر جميع القرارات التي تصدر عن المحكمة العليا ومجلس الدولة، وتسهيل عملية التعرف على كافة الحلول الممكنة للمشاكل القانونية المطلوب منهم الفصل فيها، ويكون ذلك عن طريق إعداد بنك للمعلومات القانونية والقضائية، وهذا بغرض التوصل تدريجيا إلى التقليل من إصدار قرارات قضائية شاذة، وإيجاد تنسيق كامل في الاجتهاد القضائي.
- يتعين الإعلان عن كل تغيير في الاجتهاد القضائي وإرفاقه بالعناصر التي تسهل فهمه، بغرض ضمان توحيد الاجتهاد القضائي بعد تغييره.
- اختيار الأساتذة المكونين على مستوى المدرسة الوطنية للقضاء من أكفاء المتخصصين في مختلف المجالات، والسهر على عقد ندوات وملتقيات علمية قصد معالجة ومناقشة وإيجاد الحلول للمشاكل القانونية التي تطرح

على القضاء، بشرط عدم استعمال تلك الملتقيات لفرض التعليمات وصرف الميزانيات دون أي نقاش.

- يتعين عدم اعتبار توحيد الاجتهاد القضائي غرضا في ذاته، بل وسيلة للتطبيق السليم للقانون وملء الفراغ الذي يعتريه وتفسير الغموض الذي يشوبه، ولا يتحقق ذلك بصفة فعالة سوى عن طريق مواكبة التشريع للاجتهاد القضائي.
- ضرورة أن يتم التركيز على المبادئ العامة للقانون الإداري وخاصة أمام قضائنا الإداري في الجزائر، حيث لا يزال قضائنا الإداري متأخر كثيرا عن نظيره الفرنسي والمصري، ويوصف بأنه تطبيقي أكثر من كونه إنشائي.

وأخيرا يبقى تساؤل المطروح: هل المشرع يحس بالنقص عندما يعتمد على النظريات والمبادئ التي يقدمها القضاء؟ وهل هو غير مستعد للاعتراف بأن القواعد التي غابت عنه ولم يتصورها، قد يمنعها القاضي تكييفات واقعية؟

في الحقيقة قد يبقى السؤال مطروح في الأنظمة القانونية العربية، أما الأنظمة القانونية الغربية فالأمر قد تجاوز هذا التساؤل، ولا يطرح في القضاء الإداري، بل وحتى المدني حين نعلم أن المشرع في فرنسا في تعديل القانون المدني في 2016، قد كان هذا التعديل محصلة عشرين سنة من الاجتهادات القضائية، قام المشرع بإدراجها ضمن قواعد قانونية.

قائمة المصادر والمراجع

- باللغة العربية

أولا: المصادر

*** القرآن الكريم**

1- سورة النساء.
2- سورة الإسراء.

*** السنة النبوية**

1- الإمام سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني أبو داود، سنن أبي داوود، حديث رقم 3592، كتاب الأقضية، باب اجتهاد الرأي في القضاء، مكتبة ابن القيم، الطبعة الأولى، 2004، سوريا،

2- الإمام علاء الدين المتقي الهندي، كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، الحديث رقم 4188، الجزء الثاني، مؤسسة الرسالة، الطبعة الخامسة، 1981، لبنان.

3- الإمام مسلم بن الحجاج القشيري، صحيح مسلم، في كتاب: الصيام، باب: قضاء الصيام عن الميت، رقم 1148، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية والدعوة والإرشاد، الطبعة الثانية، 2000، المملكة العربية السعودية.

*** القواميس والمعاجم:**

1- ابن منصور الأزهري، تهذيب اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، الدار المصرية للتأليف والترجمة،2001، مصر.

2- أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، الجزء الخامس، دار الفكر، 1999، بيروت.

3- الشيخ محمد بن بكر الرازي، مختار الصحاح، دار اليمامة، الطبعة الثانية، 1987، دمشق.

4- وأبو الفضل ابن منظور، لسان العرب، دار البيروتي للطباعة والنشر، 1982، بيروت.

5- والجوهري، أبو النصر، الصحاح، تاج اللغة وصحاح العربية، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية، 1999، بيروت.

6- والفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة،1993، بيروت.

*** النصوص القانونية.**

- **النصوص الأساسية (الدساتير).**

1- دستور عام 1989، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-18، المؤرخ في 22 رجب عام 1409 الموافق 28 فبراير 1989، والمتعلق بنشر نص تعديل لدستور، الجريدة الرسمية العدد رقم 09، لعام 1989.

2- التعديل الدستوري لعام 1996، الصدر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438، المؤرخ في 26 رجب عام 1417 الموافق 7 ديسمبر 1996، والمتعلق بنشر نص تعديل الدستور، الجريدة الرسمية العدد رقم 76، لعام 1996.

3- التعديل الدستوري لعام 2016، الصادر بموجب القانون رقم 16-01، المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437 الموافق 6 مارس 2016، والمتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية العدد رقم 14، لعام 2016.

- **النصوص التشريعية.**

1- القانون العضوي رقم 98-03، المؤرخ في 8 صفر 1419 الموافق 3 يونيو 1998، والمتعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها، الجريدة الرسمية العدد رقم 39، لسنة 1998.

2- القانون العضوي 98-01، المؤرخ في 30 صفر 1419 الموافق 1998/05/30، والمتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، الجريدة الرسمية العدد رقم 37، لسنة 1998،

3- القانون العضوي رقم 04-11، المؤرخ في 21 رجب عام 1425 الموافق 6 سبتمبر 2004، والمتضمن القانون الأساسي للقضاء، الجريدة الرسمية رقم 57، لعام 2004.

4- القانون العضوي رقم 05-11، المؤرخ في 10 جمادى الثانية 1426 الموافق 17 يوليو 2005، والمتعلق بالتنظيم القضائي، الجردة الرسمية العدد رقم 51، لسنة 2005.

5- القانون العضوي 11-13، المؤرخ في 26 يوليو 2011، المعدل والمتمم للقانون العضوي رقم 98-01، والمتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، الجريدة الرسمية العدد رقم 43، لسنة 2011.

6- القانون رقم 131، لسنة 1948، والمتضمن القانون المدني المصري، المؤرخ في: 09 رمضان 1367 الموافق 16 يوليو 1948، الوقائع المصرية، العدد رقم 108، صادر في 29 يوليو 1948.

7- الأمر رقم 65-278، المؤرخ في 22 رجب 1385 الموافق 16 نوفمبر 1965، والمتعلق بالتنظيم القضائي، الجريدة الرسمية العدد رقم 96، لعام 1965.

8- الأمر رقم 66-133، المؤرخ في 12 صفر 1386 الموافق 2 يونيو 1966، والمتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، الجريدة الرسمية العدد رقم 46، لسنة 1966.

9- الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 08 يونيو 1966، والمتضمن قانون الإجراءات المدنية، الجريدة الرسمية العدد رقم 47، لعام 1966.

10- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966، والمتضمن قانون العقوبات، ج.ر العدد 49، لعام 1966.

11- الأمر رقم 71-80، المؤرخ في 11ذي القعدة 1391 الموافق 29 ديسمبر 1971، المعدل والمتمم للأمر رقم 66-154، المؤرخ في 08 يونيو 1966، والمتعلق بقانون الإجراءات المدنية، الجريدة الرسمية العدد رقم 02، لعام 1971.

12- الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 20 رمضان 1395 والموافق 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية العدد رقم 78، لسنة 1975.

13- الأمر رقم 75–67، المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، والمتعلق برخصة البناء ورخصة تجزئة الأرض لأجل البناء، الجريدة الرسمية رقم 83، لسنة 1975.

14- الأمر رقم 77–10، المؤرخ في 11 ربيع الأول 1397 الموافق 01 مارس 1977، والمتضمن القانون الأساسي للموظفين الدبلوماسيين والقنصليين، الجريدة الرسمية رقم 28، لسنة 1977.

15- القانون رقم 84–11، المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق 09 يونيو سنة 1984، والمتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد 24، لسنة 1984.

16- القانون رقم 89–02، المؤرخ في 1989/2/7، والمتعلق بقانون حماية المستهلك، الجريدة الرسمية العدد رقم 06، لعام 1989.

17- القانون رقم 89–13، المؤرخ في 1989/8/7، والمتعلق بقانون الانتخابات، الجريدة الرسمية العدد رقم 32، لعام 1989.

18- القانون رقم 89–22 المؤرخ في 1989/12/12 والمتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها، الجريدة الرسمية، العدد رقم 53، 1989.

19- القانون رقم 90–08، المؤرخ في 1990/4/7، والمتعلق بقانون البلدية، الجريدة الرسمية العدد رقم 15، 1990.

20- القانون رقم 90–09، المؤرخ في 1990/4/7، والمتعلق بقانون الولاية، الجريدة الرسمية العدد رقم 15، 1990.

21- القانون رقم 90-29، المؤرخ في 14 جمادى الأولى 1411الموافق 01 ديسمبر 1990، والمتعلق بالتهيئة والتعمير، الجريدة الرسمية رقم 52، لسنة 1990.

22- المرسوم التشريعي رقم 94-11، المؤرخ في 15 ذي الحجة عام 1414 الموافق 26 مايو سنة 1994، والمتضمن التأمين عن البطالة لفائدة الأجراء الذين قد يفقدون عملهم بصفة لا إرادية لأسباب اقتصادية، الجريدة الرسمية العدد رقم 34، لعام 1994.

23- الأمر رقم 97-09 المؤرخ في 1997/3/6، المتعلق بقانون الأحزاب، الجريدة الرسمية العدد رقم 12، لعام 1997.

24- القانون رقم 98-02 المؤرخ في 1998/5/30، والمتعلق بالمحاكم الإدارية، الجريدة الرسمية، 1998، العدد رقم 37، لعام 1998.

25- الأمر رقم 05-02، المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11، والمتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية رقم 15، لسنة 2005.

26- الأمر 06-03، المؤرخ في 19 جمادى الثانية 1427 الموافق 15 يوليو 2006، والمتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العامة، الجريدة الرسمية رقم 46، لسنة 2006.

27- القانون رقم 06-23، المؤرخ في 29 ذي القعدة 1427 الموافق 20 ديسمبر 2006، المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156، والمتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية رقم 84، لسنة 2006.

28- القانون رقم 08-09، المؤرخ في 18 صفر 1426 الموافق 25 فبراير 2008، والمتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر رقم 21، لعام 2008.

29- القانون رقم 09-01، المؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق 25 فيفري 2009، والمتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم بالقانون رقم 16-02، المؤرخ في 14 رمضان عام 1437 الموافق 19 يونيو سنة 2016، الجريدة الرسمية رقم 37، لعام 2016

30- القانون رقم 16-01، المؤرخ في 26 جمادى الأولى 1437 الموافق 06 مارس 2016، والمتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية العدد رقم 14، لعام 2016.

- **النصوص التنظيمية.**

1- المرسوم رقم 63-388، المؤرخ في 12 جمادى الأولى 1383 الموافق 01 أكتوبر 1963، المتضمن إدراج الاستغلالات الفلاحية التابعة لبعض الأشخاص الطبيعية والمعنوية الأجنبية ضمن أملاك الدولة، الجريدة الرسمية، العدد 73، لسنة 1963.

2- المرسوم رقم 75-59، المؤرخ في 17 ربيع الثاني عام 1395 الموافق 29 أبريل سنة 1975، المتعلق بالتنظيم الإداري لمحلات بيع المشروبات، الجريدة الرسمية، العدد 36، لسنة 1975.

3- المرسوم رقم 85-59، بتاريخ 01 رجب 1405 الموافق 23 مارس 1985، والمتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات والإدارات العمومية، الجريدة الرسمية العدد رقم 13، لسنة 1985.

4- المرسوم الرئاسي رقم 89-18 المؤرخ في 1989/02/28 والمتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 1989/02/23، الجريدة الرسمية العدد رقم 16، لعام 1989.

5- المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 1996/11/28 والمتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، الجريدة الرسمية العدد رقم76، لعام 1996.

6- المرسوم التنفيذي رقم 90-407، المؤرخ في 05 جمادى الثانية 1411 الموافق 1990/12/22، والمتعلق بتحديد قائمة المجالس القضائية واختصاصها الإقليمي، الجريدة الرسمية العدد رقم 56، لعام 1990.

ثانيا: المراجع

*** المؤلفات المتخصصة**

1- د. أحمد الموافي، بعض ملامح الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية، دار النهضة العربية، 2008، مصر.

2- د. أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ترجمة فايز الحق وبيوض إنعام، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992، الجزائر.

3- د. أشرف عبد الفتاح أبو المجد، موقف قاضي الإلغاء من سلطة الإدارة في تسبيب القرارات الإدارية، الشركة العربية المتحدة، 2009، مصر.

4- د .الحسين بن الشيخ آت ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية، الكتاب الاول، دار الخلدونية،2007، الجزائر.

5- د. السيد محمد إبراهيم، رقابة القضاء الإداري على الوقائع في دعوى الإلغاء، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، 1963، الإسكندرية.

6- د. بكر القباني، العرف كمصدر للقانون الإداري، دار النهضة العربية، 1996، مصر.

7- د. جابر جاد نصار، دائرة توحيد المبادئ وفقا للمادة 54 مكررا من قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972، وتأكيد الطبيعة القضائية للقانون الإداري، دار النهضة العربية، 2003، مصر.

8- د. حمدي علي عمر، السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها، بدون دار نشر، الطبعة الأولى، 2003، الرياض.

9- د. خالد سيد محمد حماد، حدود الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة دراسة مقارنة، دار النهضة العربية،2013 ، القاهرة.

10- د. خلوفي رشيد، قانون المنازعات الإدارية(تنظيم واختصاص القضاء الإداري) ، ديوان المطبوعات الجامعية، 2004، الجزائر

11- د. خليفة عبد العزيز، أوجه الطعن بإلغاء القرار الإداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة، دار الفكر الجامعي، 2002، مصر،

12- د. رمضان بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية وموقف مجلس الدولة المصري منها، دار النهضة العربية،1994، مصر.

13- د. زكي محمد النجار، فكرة الغلط البيّن في القضاء الدستوري، دار النهضة العربية،1997، القاهرة.

14- د. سامي جمال الدين، الدعاوى الإدارية، منشأة المعارف، الطبعة الثانية، 2003، مصر.

15- د. سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار الجامعة الجديدة، 2014، مصر.

16- د. سعاد الشرقاوي، المنازعات الإدارية، دار النهضة، الطبعة الأولى، 1976، مصر.

17- د. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مطبعة جامعة عين شمس، الطبعة السادسة،1991، مصر.

18- د. شريف أحمد الطباخ، التعويض الإداري في ضوء الفقه والقضاء وأحكام المحكمة الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، 2006، الإسكندرية.

19- د. طعمية الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، 1976، مصر.

20- د. عبد السلام الترمانيني، نظرية الظروف الطارئة، دار الفكر، الطبعة الأولى، 1971، دمشق.

21- د. عبد العليم عبد المجيد مشرف، دور سلطات الضبط الإداري في تحقيق النظام العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.

22- د. عبد القادر باينه، الرقابة على النشاط الإداري، مطبوعات مطبعة فضالة، الطبعة الأولى، 2010، المملكة المغربية.

23- د. عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة، دار النهضة العربية، 1971، مصر.

24- د. عزري الزين، قرارات العمران الفردية وطرق الطعن فيها، دار الفجر، الطبعة الأولى،2005، مصر.

25- د. عمار بوضياف، الوسيط في قضاء الإلغاء، دار الثقافة، الطبعة الأولى، 2001، الأردن.

26- د .عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية،2004 ، الجزائر.

27- د. محمد الكشبور، نظام التعاقد ونظرية القوة القاهرة والظروف الطارئة، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، 1993، المغرب.

28- د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري – مبدأ المشروعية – تنظيم مجلس الدولة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006.

29- د. محمد رفعت عبد الوهاب، المبادئ العامة للقانون، الدار الجامعية، 1992، لبنان.

30- د. محمد رفعت عبد الوهاب، المحاكم الإدارية الاستئنافية في فرنسا، مطبوعات دار الجامعة الجديدة، 2012، مصر.

31- د. محمد فؤاد عبد الباسط، المحكمة الدستورية العليا (قاضي التنازع، تنازع الاختصاص، تنازع الأحكام المتناقضة)، دار الجامعة الجديدة للنشر،2005، الإسكندرية.

32- د. محمد فوزي نوجي، فكرة تدرج القواعد الدستورية (دراسة تحليلية مقارنة)، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى،2007، القاهرة.

33- د. محمد محمد بدران، رقابة القضاء على أعمال الإدارة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 1985، مصر.

34- د. معوض عبد التواب، دعاوى التعويض الإدارية، دار الفكر الجامعي،1998 ، مصر.

35- المستشار. عباس قاسم الداقوقي، الاجتهاد القضائي (مفهومه، حالاته، نطاقه)، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، 2015، مصر.

*** المؤلفات العامة**

1- أ. ده شتي صديق محمد، القضاء الإداري وتنازع اختصاصاته مع القضاء العادي، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، 2016، مصر.

2-أ. عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، مكتبة الدعوة الإسلامية، الطبعة السابعة، 1957، مصر.

3-الإمام الآمدي، علي بن محمد، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، دار الصميعي، الطبعة الأولى، الجزء الرابع، 2003، الرياض، ص 162.

4- الإمام البيجوري، حاشيته على شرح ابن القاسم، الجزء الثاني، دار الغرب الإسلامي، لبنان.

5-أمجد محمد الشريف، نظرية تفسير النصوص المدنية، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، مطبعة وزارة الأوقاف، 1981، بغداد.

6-د. أحمد أبو الوفاء، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الطبعة السادسة، 1989، مصر.

7-د. أحمد سلامة، المدخل لدراسة القانون، دار النهضة العربية، 1974، مصر.

8-د. إسماعيل نامق حسين، العدالة وأثرها في القاعدة القانونية، دار الكتب القانونية، 2011، مصر.

9-د. العربي بلحاج، المدخل لدراسة التشريع الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992، الجزائر.
10- د. أنور طلبة، الوسيط في شرح القانون المدني، المكتب الجامعي الحديث، الطبعة الأولى، 2004، مصر.
11- د. بلحاج العربي، قانون الأسرة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2000، الجزائر.
12- د. بوحميدة عطاء الله، الوجيز في القضاء الإداري، دار هومة،2001، الجزائر.
13- د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الطبعة الرابعة،1998، مصر.
14- د. توفيق شحاته، مبادئ القانون الإداري، الجزء الأول، دار النشر للجامعات المصرية، 1955، مصر.
15- د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، 1998، مصر.
16- د. حسين عثمان محمد عثمان، قانون القضاء الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، 2006، لبنان.
17- د. حلمي محمد الحجار، أسباب الطعن بالنقض، المؤسسة الحديثة للكتاب، الطبعة الأولى، 2004، لبنان.
18- د. حمدي عبد الرحمن، مبادئ القانون، الجزء الأول، المكتب المصري الحديث، 1974، مصر.
19- د. خالد رشيد الجميلي، المدخل في دراسة الشريعة الإسلامية والقانون، دار الكتب للطباعة والنشر، 1989، بغداد.

20- د. خلوفي رشيد، القضاء الإداري تنظيم واختصاص، ديوان المطبوعات الجامعية، 2001، الجزائر.

21- د. رأفت فودة، مصادر المشروعية الإدارية، دار النهضة العربية، 2012، القاهرة.

22- د. رمسيس بهنام، الجريمة والمجرم والجزاء، منشأة المعارف، 1972، مصر.

23-د. زكي محمد النجار، موجز القضاء الإداري، دار الأزهر للطباعة، 2009، مصر.

24- د. سالم بن راشد العلوي، القضاء الإداري، الجزء السادس، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009، عمان.

25- د. سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، منشأة المعارف، 2004، مصر.

26- د. سامي جمال الدين، القضاء الإداري والرقابة على أعمال الإدارة، منشورات دار الجامعة الجديدة، دون سنة نشر، مصر.

27- د. سعاد الشرقاوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2009، القاهرة.

28- د. سعد عصفور، القضاء الإداري، منشورات منشأة المعارف، دون سنة نشر، مصر.

29- د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول، دار الفكر العربي، 1986، مصر.

30- د. سليمان الطماوي، الوجيز في القضاء الإداري، دار الفكر العربي، 1970، مصر

31- د. سليمان محمد الطماوي، دروس في القضاء الإداري، قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام – دراسة مقارنة –، منشورات دار الفكر العربي، 1976، مصر.

32- د .سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المدخل للعلوم القانونية، الجزء الأول، مطبعة السلام، الطبعة السادسة ،1989، مصر.

33- د. سليمان مرقص، الوافي في سرح القانون المدني، دار الكتب القانونية، الطبعة الثالثة، 1995، لبنان.

34- د. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، 1986، مصر.

35- د. سمير عبد السيد، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، مصر.

36- د. عبد الباقر البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، دار الكتب للطباعة والنشر، دون تاريخ النشر، العراق.

37- د. عبد الحميد الرفاعي، القضاء الإداري بين الشريعة والقانون، مطبوعات دار الفكر، الطبعة العاشرة، 1989، الجمهورية العربية السورية.

38- د. عبد الرزاق السنهوري و د. حشمت أبو ستيت، أصول القانون / أو المدخل لدراسة القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر،1950، القاهرة.

39- د. عبد الغني بسيوني، القضاء الإداري، منشأة المعارف،1996، الإسكندرية.

40- د. عبد الفتاح الصيفي، القاعدة الجنائية دراسة تحليلية على ضوء الفقه الجنائي المعاصر، الشرقية للنشر والتوزيع، 1967، لبنان.

41- د. عبد الفتاح حسن، القانون الإداري الكويتي، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، 1969، لبنان.

42- د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية القانون، دار النشر للجامعات المصرية، 1954، مصر.

43- د. عبد الله حداد، القانون الإداري المغربي على ضوء القانون المحدث للمحاكم الإدارية، بدون دار نشر، المملكة المغربية.

44- د. عبد المنعم البدراوي، المدخل للعلوم القانونية، دار الكتاب العربي، 1966، مصر.

45- د. عبد المنعم البدراوي، مبادئ القانون، دار الكتاب العربي، 1985، مصر.

46- د. عبد المنعم فرج، أصول القانون، دار النهضة العربية، 1978، مصر.

47- د. عبد الودود يحي، دروس في مبادئ القانون، دار النهضة العربية، 1986، مصر.

48- د. عصام أنور سليم، هيمنة مبادئ الشريعة الإسلامية على القانون المدني، المكتب الجامعي الحديث، الطبعة الثانية، 2012، مصر، ص 32.

49- د. عصمت بكر، أصول تفسير القانون، بدون دار نشر، الطبعة الثانية، 2009، مصر.

50- د. علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، الجزء الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية،2008، الأردن.

51- د. عمار بوضياف، القضاء الاداري في الجزائر، جسور للنشر والتوزيع، 2008، الجزائر.

52- د. عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية، جسور للنشر والتوزيع، الطبعة الرابعة، 2017، الجزائر.

53- د. عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية، دار ريحانة للكتاب، الطبعة الثانية، 1998، الجزائر.

54- د. عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، 2002، الجزائر.

55- د. عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية،1988، الجزائر.

56- د. عمار عوابدي، قضاء التفسير في القانون الإداري، دار هومة، الطبعة الثانية، 2004، الجزائر.

57- د. عياض بن عاشور، القضاء الإداري، مركز النشر الجامعي، 2006، تونس.

58- د. غالب علي الداودي، المدخل إلى علم القانون، دار وائل للنشر، الطبعة السابعة، 2004، الأردن.

59- د. فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الرابعة، 1988، بيروت.

60- د. فهد عبد الكريم أبو العثم، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2011، عمان.

61- د. فؤاد العطار، القضاء الإداري، دار النهضة العربية،1982، مصر.

62- د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، مبدأ المشروعية – لجان التوفيق في المنازعات –، منشورات دار الجامعة الجديدة، 2010، مصر.

63- د. ماجد رغب الحلو، القضاء الإداري، منشأة المعارف،2002، مصر.

64- د. مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون، الجزء الأول، المكتبة البغدادية، 1973، بغداد.

65- د. مجيد حميد العنبكي، المدخل لدراسة النظام القانوني الإنجليزي، منشورات وزارة العدل، 1990، العراق.

66- د. محمد الجبوري، القضاء الإداري – دراسة مقارنة –، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، الأردن،1998، ص12.

67- د. محمد الشافعي أبو راس، القانون الإداري، بدون دار نشر،2004، مصر،

68- د. محمد الشافعي أبو راس، القضاء الإداري، مطبوعات مكتبة النصر، 1981، مصر.

69- د. محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2005، الجزائر.

70- د. محمد حسن خليل، القضاء الإداري اللبناني–دراسة مقارنة –، مطبوعات دار النهضة العربية، لبنان، 1982.

71- د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2005

72- د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، 2002، لبنان.

73- د. محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون المدني والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 1979، القاهرة.

74- د. محمد عبد الخالق عمر، قانون المرافعات، دار النهضة، 1978، القاهرة.

75- د. محمد علي إمام، محاضرات في نظرية القانون، مطبعة نهضة مصر، 1975، القاهرة.

76- د. محمد علي جواد كاظم، القضاء الإداري، منشورات الجامعة المستنصرية، 2010، العراق.

77- د. محمد فؤاد مهنا، دروس في القانون الإداري، الدار المصرية للطباعة، 1956، مصر.

78- د. محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، منشأة المعارف، 2005، مصر.

79- د. محمد محمد بدران، أصول القانون الإداري، دار النهضة العربية، 2002، مصر.

80- د. محمد محمد عبد اللطيف، قانون القضاء الإداري، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، 2002، مصر.

81- د. محمد وجيه شحادة، المدخل إلى القانون ونظرية الالتزام، منشورات جامعة حلب، 1980، سوريا.

82- د. محمدي فريدة زواوي، المدخل للعلوم القانونية/ نظرية القانون/، الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، 1996، الجزائر.

83- د. محمود خلف الجبوري، القضاء الإداري، منشأة المعارف للنشر والتوزيع، 2000، الإسكندرية.

84- د. محمود محمد حافظ – القضاء الإداري، دار النهضة العربية، 1993، مصر.

85- د. محيو أحمد، المنازعات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2008، الجزائر.

86- د. مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزء الثاني، 1998، الجزائر.

87- د. مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة الفرنسي، منشورات مطابع السعدني، 2007، مصر.

88- د. مصطفى أبو زير فهمي، القضاء الإداري مجلس الدولة وقضاء الإلغاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.

89- د. مصطفى العوجى، القاعدة القانونية في القانون المدني، مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 1998، بيروت.

90- د .مصطفى منصور، مبادئ القانون، طبعة دار النهضة العربية، 1973، القاهرة.

91- د. مهاب نجا، المدخل إلى علم القانون، دار الشمال للطباعة، الطبعة الأولى، 1990، لبنان.

92- د. نجاة بضراني، المدخل لدراسة القانون، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الثالثة، 2005، المغرب.

93- د. نزيه محمد الصادق المهدي، المدخل لدراسة القانون، دار النهضة العربية، 1981، مصر.

94- د. نعمان خليل جمعة، المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، 1977، مصر.

95- د. نور الدين أشحشاح، محاضرات في تفسير النصوص القانونية، مطبعة أسبار طيل، الطبعة الأولى، 2006، المغرب.

96- د. هاجر دوبر، علم الكلام المعاصر في ضوء المتغيرات الحديثة، بيت الحكمة، 2012، بغداد.

97- د.محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، مطبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، 1984، بغداد.

98- الدكتور عمار عوابدي، " وحدة القضاء المرن والمنطقي "، دروس في القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، 2000، الجزائر.

99- رمضان محمد أبو السعود، المدخل إلى العلوم القانونية والالتزامات، منشأة المعارف، 1995، الإسكندرية.

100- رينييه كاسين-مارسيل والين، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، ترجمة: أحمد يسرى، 1956، مصر.

101-الشيخ أحمد بن محمد بن علي الوزير، المصفى في أصول الفقه، دار الفكر المعاصر، 2002، لبنان.

102- الشيخ الحسين بن القاسم بن محمد، آية العقول إلى غاية السؤال في علم الأصول، المطبعة المتوكلية، 1980، اليمن.

103- عز الدين الناصوري، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، الجزء الأول، منشأة المعارف، 2004، مصر.

104- الغزالي، المستصفى من علم الأصول، تحقيق: أحمد زكي حماد، الجزء الثاني، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، 1997، بيروت.

105- كتاب تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، المجلد الثاني، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، لبنان.

106- محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون المدني والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 1979، القاهرة.

107- المستشار أحمد عبد الصادق، المرجع القضائي في شرح أحكام القانون المدني، نادي مستشاري هيئة قضايا الدولة، الطبعة الأولى، 2010، مصر.

108-المستشار عز الدين الناصوري، والأستاذ حامد عكاز، التعليق المقارن على مواد قانون الإثبات، الجزء الثاني، منشورات المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الحادية عشر، 2009، مصر.

*** الأبحاث الجامعية.**

1- أ. حمزة بن خدة، أثر الفقه المالكي في القانون المدني الفرنسي-عقد البيع نموذجا-أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان،2017، الجزائر.

2- أ. سكاكني باية، دور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات الأساسية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، 2011، تيزي وزو.

3- أ. عادل بن عبد الله، المسؤولية الإدارية للمرافق الاستشفائية، أطروحة دكتوراه، جامعة محمد خيضر، 2011، بسكرة.

4- أ. عبد القادر غيتاوي، الضمانات التشريعية والقضائية لنزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد،2013، تلمسان.

5- أ. عصام عبد الوهاب البرزنجي – السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية – أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1971، مصر.

6- أ. فارح سماح، المسؤولية الإدارية عن الخطأ المرفقي، رسالة ماجستير، جامعة قالمة، 2005، قالمة.

7- أ. محمد حسنين عبد العال، فكرة السبب في القرار الإداري ودعوى الإلغاء، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1971، مصر.

8- إيمان محمود عبيد، شروط القياس-دراسة تطبيقية على النوازل المعاصرة-، أطروحة دكتوراه، جامعة لاهاي، 2014، هولندا.

9- بولعراوي الصادق، النظام القضائي الجزائري في المواد الإدارية بين الوحدة والازدواجية (الهيئات والاختصاصات)، رسالة ماجستير، جامعة فرحات عباس، دون سنة مناقشة، سطيف.

10- الحلابي الكتاني إدريس، مساهمة السلطة القضائية في خلق القاعدة القانونية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة محمد الخامس، 1985، المغرب.

11- د. برهان خليل زريق، نحو نظرية عامة في العرف الإداري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة دمشق، مطبعة عكرمة، 1986، سوريا.

12- د. عبد الحليم شوقي الخطيب، الدور السياسي للقاضي الإداري في مصر، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة اسيوط ،1988، مصر.

13- د. علي هادي الهلالي، تفسير قوانين الضرائب في العراق، رسالة دكتوراه، جامعة بغداد، 2004، العراق.

14- د. كمال دريد، الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون الإداري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، 2012، عنابة.

15- د. محمد فريد الزهيري، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 1989، مصر.

16- د. محمود سلامة جبر، رقابة مجلس الدولة على الغلط البيّن للإدارة في تكييف الوقائع وتقديرها في دعوى الإلغاء، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1992، مصر.

17- سهام عبدلي، مفهوم دعوى القضاء الكامل في الجزائر، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي،2009، الجزائر.

18- عبد المهدي سعيد العجلوني، قواعد التفسير وتطبيقاتها، أطروحة دكتوراه، الجامعة الأردنية، 2005، الأردن.

19- يحي رزق الصرمي، سلطة القاضي في التفسير في القانون المصري واليمني، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، 1995، مصر.

*** المقالات العلمية.**

1- أ. س.ف.كاناريز، سد الفراغ في القانون وموقف النظام القانوني الألماني منه، ترجمة د.عبد الرسول، مجلة القضاء العراقية، العدد الأول، 1973، العراق.

2- أ. شنيخر هاجر،" تنازع الاختصاص بين القضاء العادي والإداري"، مجلة المفكر، العدد السادس، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، 2010، بسكرة.

3- أ. مصطفى مخاشف، رقابة القضاء الإداري للقرار في مجاله التقديري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد الثامن، جامعة سيدي بلعباس،2011، سيدي بلعباس.

4- أ. موصوف موسى، نظام محافظ الدولة في مجلس الدولة والمحاكم الإدارية، مجلة مجلس الدولة، العدد الرابع، 2003، الجزائر.

5- أ.عثامنية الخميسي، التفسير في المادة الجزائية وأثره على حركة التشريع، مجلة العلوم الإنسانية، العدد السابع، جامعة محمد خضر، 2005، بسكرة.
6- د. أحميدو أكري، "الشرط الجزائي من خلال الاجتهاد القضائي المغربي والمقارن"، مجلة الإشعاع، العدد العشر، 1994، المملكة المغربية.
7- د. إبراهيم شحاته، اجتهاد القاضي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، جامعة عين شمس، 1962، مصر.
8- د. أحمد حافظ عطية نجم، السلطة التقديرية للإدارة ودعاوي الانحراف بالسلطة، مجلة العلوم الإدارية، العدد الأول، السنة الثالثة والعشرون، 1982، القاهرة.
9- د. أحمد كمال أبو المجد، الدور الإنشائي للقضاء الإداري بين المذاهب الموضوعية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الاول، السنة الثانية والثلاثون، 1962، القاهرة.
10- د. العربي زروق، التطور القضائي لمجلس الدولة الفرنسي في رقابة السلطة التقديرية، مجلة مجلس الدولة، العدد الثامن، 2006، الجزائر.
11- د. العربي زروق، مبدأ الموازنة بين التكاليف والمزايا، مجلة مجلس الدولة، العدد الثامن، 2006، الجزائر.
12- د. حسين الدوري، مقال القضاء الإداري ومبدأ المشروعية، ندوة القضاء الإداري، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 2007، المغرب.
13- د. خلوفي رشيد،" محكمة التنازع"، مقال بمجلة الموثق، دورية داخلية متخصصة، العدد السابع، 1999، الجزائر.

14- د. رائد ناجي الجميلي، القضاء الضريبي ومجالاته، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2004، العراق.

15- د. زغداوي محمد، ملاحظات حول النظام القضائي المستحدث، مجلة العلوم الإسلامية، جامعة قسنطينة، العدد العاشر، 1998، الجزائر.

16- د. صلاح الدين الناهي، معضلات التفسير القضائي، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد الثالث، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بغداد، 1977، العراق.

17- د. عبيد بن نادر العصيمي، الدور الإنشائي للقاضي الإداري في فرنسا، مجلة الرياض، العدد 158، 2010، المملكة العربية السعودية.

18- د. عزري الزين، إجراءات إصدار قرارات البناء والهدم في التشريع الجزائري، مجلة المفكر، العدد الثالث، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة.

19- د. علي علي سليمان، الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون طبقا للقانون المدني الجزائري، مجلة الفكر القانوني، العدد الأول، اتحاد الحقوقيين الجزائريين، 1984، الجزائر.

20- د. محمد الصغير بعلي، تسليم رخصة البناء في القانون الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة الشيخ العربي التبسي، 2007، تبسة.

21- د. محمد عبد النباوي، تعميم الاجتهاد القضائي مساهمة في خدمة العدالة، مجلة سلسلة الاجتهاد القضائي، 2011، مراكش.

22- د. محمد مصطفى حسن، الرقابة القضائية على حدود السلطة التقديرية للإدارة، مجلة العلوم الإدارية، السنة الثانية والعشرون، العدد الأول،1980، القاهرة.

23- د. محمد ميرغني خيري، المغالات في التساهل والتفريط، مجلة العلوم الإدارية، العدد الثاني، السنة السادسة عشر، 1974، مصر.

24- د. محمود سلامة جبر، المنازعة الإدارية وحل إشكاليات تنازع الاختصاص بين المجلسين الإداري والمدني، مجلة قضايا الحكومة، العدد الرابع،1980، مصر.

25- د. مراد بدران، القرار المبدئي في المجال الإداري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثالث، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009، الجزائر.

26- د. مصطفى فاضل الخفاجي، القانون الطبيعي، مقال منشور في مجلة أداب الكوفة، كلية الأداب، جامعة الكوفة، 2013، العراق.

27- د. مصلح الصرايرة، مدى تطبيق المحكمة العليا للمبادئ التي أقرها القضاء الإداري في رقابته على السلطة التقديرية للإدارة، مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد الأول، المجلد 25، جامعة دمشق، 2009، سوريا.

28- د. يحي الجمل، رقابة مجلس الدولة الفرنسي على الغلط البين للإدارة في تكييف الوقائع، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، السنة الواحدة والأربعون 1971، مصر.

29- د. يوسف الكتاني، الحاجة للاجتهاد اليوم ومجالاته، مجلة كلية الشريعة، العدد الثالث عشر، جامعة القرويين، 1984، المغرب،

30- المستشار. عبد العزيز نويري، النظام القانوني الجزائري خلال ربع قرن، مجلة الشرطة، العدد 41، 1989، الجزائر.

31- المستشار. وجدي عبد الصمد، دور القاضي في تطبيق وخلق القانون، مجلة المحاماة، لسنة 56، العدد 09، مصر.

32- المستشارة سعاد مانع، المنازعات الإدارية، مجلة القسطاس، مجلس قضاء تبسة، العدد رقم واحد، 1998، تبسة.

33- المستشارة سعاد مانع، المنازعات الإدارية، مجلة القسطاس، مجلس قضاء تبسة، 1998، العدد الأول، الجزائر.

34- المستشارة فريدة أبركان، رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة، مجلة مجلس الدولة، العدد الأول، 2002، الجزائر.

- ***La langue Française.***

*** Les ouvrages.**

1- André de- laubadére, traité élémentaire de droit administratif, 8ème édition, 1980.

2- Anne panneau. La sécurité juridique à travers le processus de normalisation, Volume 9, Edition spéciale, 2004.

3- Auby. (M), le contrôle juridictionnel du degré de gravité d’une sanction disciplinaire. 1979.

4- Bénard (A.) et poirmeur (Y.), " présentation " in la doctrine juridique, PUF, 1993.

5- Bonnard, Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et Recours pour excès de pouvoir, R.D.P, 1923

6- Debbasch Charles, contentieux administratif, Dalloz, paris, 1978.

7- Dominique Lagasse, L'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif : Essai sur les limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration, Bruylant, Bruxelles, 1986.

8- Drago (R.), " le juge judiciaire, juge administratif, R.F.D.A, 1990.

9- Encyclopédie juridique droit administratif, Vol 03, Dalloz, paris.

10- Eric Carpano, Etat de droit et droits européens. Collection Logiques Juridiques, 2005.

11- François Gény, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, L.G.D.J, 2 Edition, Tome 2, 1954.

12- Françoise Tiphine, Le Pouvoir disciplinaire de l'administration, paris, 1998.

13- G. Ripert, " Les forces créatrices du droit ", L.G.D.J, 2em Edition, 1994.

14- Georges Vedel, Essai sur la notion de cause en droit administratif، Librairie du Recueil Sirey, Société anonyme, 1934.

15- Gilles j. Guglielmo : le droit administratif et l’invention du juge, cours de droit administratif, n19, 2004.

16- Gilles le Breton : droit administratif général, Dalloz paris، 2015.

17- Guibert, Recueil des arrêts du Conseil d'Etat, 2eme" SÉRIE, imprimerie contant-Laguerre, paris, 1927.

18- Gustave Peiser, Contentieux administratif, 12éme Edition, Dalloz, Paris, 2001.

19- H.Bouchahda, R.Khelloufi, Recueil d'arrêts jurisprudence administrative. Office publications Universitaire .Alger, 1979.

20- Jacqueline Morand-Devili, Cours de droit administratif, Montchrestien, 6eme édition, Paris, 1999.

21- Jean Pradel, Droit pénal général, Cujas Paris, 12eme édition, 1999.

22- Joseph Barthélemy, Contribution à la théorie générale des recours contentieux, Librairie de la société générale des lois et des arrêts et du journal du palais, L. Larose, Paris, 1899.

23- Kronprobest Bruno, l'erreur manifeste, Dalloz, 1965

24- La Ferrière : Traité de la juridiction administrative, 2eme édition, Berger-Levrault, Paris. 1896.

25- Le breton (g.) : droit administratif général, Armand colin, 1966.

26- le rapport de M. Paul Esmein " revue internationale de droit comparé ", v 09, numéro 2, 1957.

27- Lexique des termes juridiques, 21 éditions, Dalloz, 2014.

28- lochak (D.), " quelle légitimât pour le juge administratif " droit politique, puf, 1993.

29- l'ordonnance de Code civil - Dernière modification, le 01 janvier 2017 - Document généré le 05 janvier 2017.

30- Luc P. Patras, L'interprétation en droit public interne, Athènes, Theod. & Athan. N. Joannides, 1962.

31- Marceau Long, et Autres, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 19eme édition, Dalloz, Paris, 2013.

32- Marcel waline, Traite élémentaire de droit administratif, libraire de recueil, paris, 1950.

33- Marie-Christine Rouault, Droit administratif .Gualino éditeur, Paris, 2001.

34- Martine Lombard et Gilles Dumont, Droit administratif, tome5, Dalloz, paris, 2003.

35- Marty et Raynaud, Droit Civil, Tome 1, L'étude Générale Du Droit, Paris, 1972

36- Maurice HAURIOU, Précis de droit administratif et de droit public, 12eme éditions, Dalloz, paris, 2002

37- Maurice Hauriou، le Pouvoir discrétionnaire et sa justification. Mélange carre de Malbergs, série 1933.

38- Maxime Letourneur, les principes généraux du droit dans la jurisprudence du conseil d'Etat, Imprimerie nationale, Paris,

39- Michel Filion, Le pouvoir discrétionnaire de l’administration exercé sous forme de normes administratives : les directives, Un article de la revue Les Cahiers de droit, volume 20, numéro 4, 1979.

40- Michel Lesage، les interventions des législatures dans le fonctionnement de la justice LGDJ، France, 1960.

41- Michel tabet ‹les principes généraux du droit en droit administratif français et libanais, Université Saint-Joseph. Faculté de droit et des sciences politiques, Lebanon, 2001.

42- Modern (F), L’extension du control juridictionnel a la Corrélation faute disciplinaire, mesure disciplinaire dans le droit de la fonction publique. Administrative 1978.

43- Morange, réflexions sur la protection accordée par le juge administratif à la liberté du commerce et de l’industrie ,1956.

44- Olivier Gohin, Contentious administrative, 7éme Edition, lexis Nexis, 2012.

45- Ordonnance du 6 décembre 1943, rétablissement de l'arrondisse ment administratif et de la sous – préfecture, JORF du 16 décembre 1943.

46- Pierre Delvolvé, " paradoxes du (ou paradoxes) sur le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires ", mélanges, R Chapus, Montchrestien, 1992.

47- Rapport du Conseil d'états des France, 2006, Sécurité juridique et complexité du droit.

48- Rouault, Marie-Christine, Droit administratif .Gualino éditeur, Paris, 2001.

49- S. belaid " Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge " I.G.D.J, 1974.

50- Serge Petit, Le tribunal des conflits, Imprimerie de presse universitaire, France, 1994.

51- Traité de droit administratif, Tome 01, L.G.D.J, 16eme édition, Paris, 1999.

52- Troper (M.) : le problème de l'interprétation de la supra légalité constitutionnelle, mélanges, Eisen Mann, 1975.

53- Waline, étendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de L'administration, Conseil d'Etat, Études et documents, n° 10, 1956.

54- Yves poirmeur : la doctrine administrative et le juge administratif, la crise d'un modèle de production du droit, 1995.

*** Les thèses.**

1- Lefebvre : la Coutume Comme source du droit française contemporaine, thèse, Lille, 1906.

2- Odent Raymond, la politique immobiliere et le juge administrati- -ve, Thèse, Paris, 1974.

3- Vénezia, Le pouvoir discrétionnaire, Thèse, LGDJ, paris, 1959.

*** Les Articles.**

1- Citée par Jean. Dupeyroux, Voir son article " La jurisprudence source abusive de droit " in Mélanges offerts à Jacques Maury, Paris, Dalloz Sirey, 1960, tome II, p. 375.

2- Citée par Jean. Dupeyroux, Voir son article " La jurisprudence source abusive de droit " in Mélanges offerts à Jacques Maury, Paris, Dalloz Sirey, 1960, tome II.

3- études et document, conseil d'Etat, imprimerie nationale, 1951.

4- L'article de H. Dupeyroux " La jurisprudence، source abusive des droits in Mélanges offerts à Jacques Maury, Paris, Dalloz Sirey, 1960, tome II, p.349

5- L'article de M. MAURY " Observation sur la jurisprudence en tant que source de droit "

6- L’article de M. MAURY " Observation sur la jurisprudence en tant que source de droit " Mel Ripert, 1950, p.28.

7- L’article de marcel waline " Le pouvoir normatif de la jurisprudence " Mélanges G. Scelle, 1950

8- L'article de Mr. P. Esmein " La jurisprudence et la loi " R. 1 trimestrielle droit civil, 1952, p19.

9- Le rapport de M. Paul Esmein " revue international de droit comparé ", 1957, v 09, numéro 2,

10- Lino Di Qual : La Compétence Liée, Revue internationale de droit comparé , L.G.D.J ; Paris 1996.

فهرس الموضوعات

الباب الثاني

القاضي الإداري وتعامله مع المادة الإدارية

وتطبيقاته القضائية في ذلك.